

THÈSE DE

PARIS.

1887.

N^o. 113.

UNIVERSITÉ DE FRANCE

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN

DE LA DONATIO PROPTER NUPTIAS

DROIT FRANÇAIS

DE L'EFFET EN FRANCE DES JUGEMENTS ÉTRANGERS

Rendus en matière de faillite

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

Le jeudi 28 avril 1887, à 2 heures et demie

PAR

Alphonse ROY

AVOCAT A LA COUR D'APPEL

Président : M. L. RENAULT, professeur.

Suffragants : { MM. BOISTEL,
ALGLAVE,
MICHEL HENRY. } *professeurs.*

PARIS

LIBRAIRIE DES FACULTÉS DE DROIT

162, rue Saint-Jacques, 162

1887

UNIVERSITÉ DE FRANCE
FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN
DE LA DONATIO PROPTER NUPTIAS

DROIT FRANÇAIS
DE L'EFFET EN FRANCE DES JUGEMENTS ÉTRANGERS
Rendus en matière de faillite

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

Le jeudi 28 avril 1887, à 2 heures et demie

PAR



Alphonse ROY

AVOCAT A LA COUR D'APPEL

Président : M. L. RENAULT, professeur.

Suffragants : { MM. BOISTEL,
ALGLAVE,
MICHEL HENRY. } *professeurs.*

PARIS
LIBRAIRIE DES FACULTÉS DE DROIT
162, rue Saint-Jacques, 162
1887



Digitized by the Internet Archive
in 2026

A MON PÈRE

A MA MÈRE



DROIT ROMAIN

DE LA DONATIO PROPTER NUPTIAS

INTRODUCTION

Nous nous proposons, dans cette étude, d'envisager sous une de ses faces les plus originales, la situation faite aux époux par le législateur romain, au point de vue du règlement de leurs intérêts pécuniaires. En cette matière, il y a deux idées dont il faut se préoccuper et que la loi doit chercher à harmoniser de la façon la plus heureuse : d'une part, afin de favoriser les mariages, les époux doivent jouir de la plus grande liberté, soit au moment de la formation du mariage, soit au cours de l'union conjugale; d'un autre côté, des restrictions à cette liberté s'imposent relativement à la protection d'un époux, des enfants et de la famille dont les droits pourraient se trouver menacés. Il suffit de jeter un coup d'œil rapide sur la législation romaine quant aux droits des

époux, pour voir dans quelle mesure on s'est inspiré de cette double idée.

A l'origine, lorsque le mariage *cum manu* constitue le droit commun, la femme tombe, corps et biens, sous la puissance du mari dont elle devient en quelque sorte la fille. Si une pareille situation nous apparaît en principe comme très défavorable pour la femme, on peut noter cependant, que les mœurs aidant il est vrai, la femme a librement accepté sa condition. Elle pouvait, en effet, en refusant de consentir au mariage, tenir en échec la volonté de ses ascendants. Nous savons, d'ailleurs, que la *manus* n'était pas sans offrir quelque compensation à la femme; elle devenait l'*agnate* et même la fille (*loco filix*) de son mari et pouvait, à ce titre, prétendre à sa succession et recouvrer ainsi, en tout ou partie, les biens par elle apportés. En cet état du droit, il n'y a pas à s'occuper des actes juridiques qui peuvent intervenir entre le mari et la femme; à titre gratuit ou à titre onéreux, ils ne sauraient créer un lien civilement obligatoire entre deux personnes dont l'une est sous la puissance de l'autre. Mais avant la constitution de la *manus* tant qu'existe l'indépendance réciproque des futurs époux, tous contrats pouvaient être valablement formés entre eux et l'on rencontrait soit les *arrhæ sponsalitix*, soit les *munera sponsalitia* sur lesquels nous allons bientôt revenir.

De cette situation inférieure, au point de vue juridique du moins, la femme passa sans transition à un état de capacité entière. Il n'y a jamais eu dans le droit ro-

main, rien d'analogue à l'autorisation maritale du droit français. D'où il résultait que la femme pouvait passer tous contrats soit avec son mari, soit avec des tiers. C'était, à coup sûr, tomber d'un extrême dans l'autre ; fort heureusement d'autres règles venaient corriger ce que l'application pure et simple du principe pouvait avoir d'excessif. Une famille a été, en effet, constituée par le mariage, et nous avons dit, en commençant, que le souci de sa protection devait être de quelque considération pour tracer les limites des pouvoirs conférés aux époux.

En nous plaçant sur ce terrain, nous trouvons deux garanties organisées en faveur de la famille contre les actes par lesquels la femme aurait pu compromettre son patrimoine. C'est, d'une part, la tutelle perpétuelle dans laquelle les femmes sont placées, et qui les empêche d'accomplir les actes les plus graves sans l'intervention du tuteur. D'autre part, les biens apportés en dot au mari, deviennent la propriété de ce dernier et échappent, pendant la durée du mariage, au pouvoir de disposer qui appartient à la femme. La dot étant ainsi entre les mains du mari, la femme ne pourra pas la détourner de son but, qui est de pourvoir à l'entretien de la famille. Que telle ait été l'intention du législateur romain en rendant le mari *dominus dotis*, cela ne saurait, à notre avis, faire de doute en présence des textes qui déclarent la femme propriétaire *naturaliter* de sa dot pendant le mariage, ou qui semblent la considérer comme étant dans l'indivision avec son mari.

N'était-ce pas aller trop loin que d'attribuer au mari la

propriété de la dot, sous prétexte de limiter les pouvoirs de la femme ? Les Romains le comprirent, ils s'aperçurent que le remède pouvait être parfois pire que le mal, et que les dissipations du mari pouvaient compromettre les intérêts de la famille et de la femme, que l'on avait voulu sauvegarder. Le danger apparut surtout lorsque le divorce s'introduisit dans les mœurs romaines. La loi Julia vint y obvier, en décidant que le mari ne pourrait aliéner l'immeuble dotal sans le consentement de sa femme. Bien plus simple est le système du Code civil, qui décide directement que la femme ne peut aliéner sans l'autorisation du mari. Mais le droit romain, à l'époque où nous nous plaçons, admettait, comme principe, l'indépendance des deux conjoints.

Nous avons dit, qu'avec ce point de départ, il fallait admettre la validité de tous les contrats passés entre époux. Telle fut en effet, la solution admise à l'origine. On comprit bientôt qu'une telle indépendance serait, dans la plupart des cas, préjudiciable à la femme dont on aurait pu exploiter la faiblesse ou l'inexpérience. Il était tout particulièrement à craindre que le mari n'abusât de son influence sur sa femme pour en obtenir des libéralités ; aussi, voyons-nous la coutume introduire la prohibition des donations entre époux : « *moribus apud nos receptum est*, dit Ulpien *ne inter virum et uxorem donationes valerent* (L. I, D. 24-1). Le motif que nous venons d'indiquer comme fondement de la prohibition n'est pas d'ailleurs le seul, et les jurisconsultes paraissent s'attacher à la nécessité de fortifier le lien conjugal. « Il ne

« fallait pas, dit Ulpien, que les époux pussent se dépouiller inconsidérément par l'excès de leur affection » (*loc. cit.*), à quoi Paul ajoute : « qu'il ne fallait pas que l'éducation des enfants ne fût pas le plus grand soin des époux » (L. 2, *ibid.*), et Sextus Cœcilius, rapporté par Paul (*loc. cit.*), déclare « qu'il ne fallait pas que les mariages fussent brisés quand le plus riche ne donnait pas et qu'ainsi le lien du mariage devint vénal. » C'est dans le même ordre d'idées que se place l'*Oratio Antonini* : « Il fallait veiller à l'honneur des époux afin qu'ils ne parussent pas acheter l'union et la concorde à prix d'argent; il ne fallait pas que le meilleur des époux s'appauvrit au profit du plus mauvais (L. 3, p. *ibid.*). »

Quoi qu'il en soit de la généralité de ces motifs donnés par les jurisconsultes et les empereurs à une époque où la prohibition existe depuis longtemps déjà (cette prohibition, postérieure à la loi Cincia, ainsi que l'atteste le § 302 des Frag. Vatic., était admise dans la législation au temps de Labéon, à qui ont été empruntées les lois 65 et 67 *ibid.*), nous croyons que, issue de la coutume, elle a été surtout inspirée par des considérations pratiques. Or, la pratique révèle que c'est, en général, au détriment de la femme que se manifestent les influences qui peuvent exister entre époux.

Au lieu de recourir à une donation, le mari aurait pu appauvrir sa femme en la poussant à *intercedere* pour lui, acte que la femme consentira plus facilement qu'une aliénation, parce qu'elle n'éprouve pas un préjudice im-

médiat. Des édits rendus par Auguste et par Claude et généralisés par le sénatus-consulte Velleien vinrent frapper les femmes de l'incapacité d'*intercedere pro ullo* (L. 2, pr. et § 1, D. 16-1).

Il était indispensable de rappeler ces principes pour se faire une idée exacte de l'institution de la *donatio propter nuptias* à laquelle nous devons nous attacher. L'expression nous révèle qu'il s'agit d'une libéralité faite en faveur du mariage. Hâtons-nous de dire que le droit romain ne présente pas un système complet sur les donations faites à l'occasion du mariage, et en particulier, on ne trouve rien à Rome d'analogue à l'institution contractuelle du droit français, parce que le législateur prohibait de la façon la plus énergique les pactes sur successions futures.

Qu'est-ce alors que la *donatio propter nuptias* ? Les Institutes y consacrent un paragraphe au titre de *donationibus* (II, 7, § 3) ; nous en rapportons la traduction que donne M. Accarias (*Précis de droit romain*, I, 2^{me} édition, p. 744) : « Il y a une autre classe de donations entre
« époux, tout à fait inconnue des anciens prudents, et
« introduite postérieurement par les divins princes. Appelée *donatio propter nuptias*, elle était soumise à cette
« condition tacite, de ne devenir définitive que par la
« réalisation du mariage ; et si on l'appelait *ante nuptias*,
« c'est qu'elle précédait le mariage et ne pouvait jamais
« se faire après sa célébration. Mais le premier, le divin
« Justin, notre père, considérant qu'il était permis d'augmenter les dots même après le mariage, autorisa, pour

« le cas où cela aurait lieu, l'augmentation de la donation
« *ante nuptias* elle-même pendant le mariage ; toutefois
« son nom devenait impropre, puisqu'elle continuait de
« s'appeler *ante nuptias* et que pourtant elle recevait un
« accroissement après le mariage. Nous donc, dans notre
« désir de perfectionner les lois et de faire concorder les
« mots avec les choses, nous avons décidé que l'on
« pourra non seulement augmenter, mais encore faire
« pour la première fois ces donations pendant le mariage ;
« qu'elles ne s'appelleront plus *ante nuptias* mais *propter*
« *nuptias* ; et qu'elles ressembleront aux dots en ce que,
« comme la dot peut-être non seulement augmentée, mais
« même constituée pendant le mariage, ainsi ces donations
« qui ont été introduites à cause du mariage, pourront
« non seulement le précéder, mais être augmentées ou
« faites alors qu'il est déjà contracté. »

Ce texte soulève deux questions à la solution desquelles nous nous attacherons d'abord : Justinien nous dit en commençant que la *donatio propter nuptias* (nous emploierons indifféremment cette expression et celle de *donatio ante nuptias*), est de date récente ; puis il termine en rapprochant de la dot, la donation à cause de noces. Nous examinerons donc dans un chapitre 1^{er} l'origine de la *donatio propter nuptias*, et dans un chapitre II, nous en étudierons le régime juridique. Ces deux points envisagés, il nous sera facile de dire quel a été le but de la *donatio propter nuptias* ; ce sera l'objet de notre chapitre III.

CHAPITRE PREMIER

ORIGINE DE LA DONATIO PROPTER NUPTIAS

Bien que Justinien attribue la création de cette libéralité aux empereurs du Bas-Empire, aux *juniores principes* (II, 7, § 3), il est certain qu'à l'époque classique il y avait des donations précédant le mariage, faites entre fiancés. Ceci nous est révélé par les textes suivants : LL. 27, 66, D, *de don. i. v. et ux.* 24-1 ; LL. 5, 6, 7, C., *de don. a. nupt.*, 5-3, de même la loi Cincia (550 *ab Urbe conditâ*) avait indiqué parmi les *personæ exceptæ*, les fiancés, ainsi que nous l'apprend le § 302, *frag. vat.* « *ex-cipiuntur et adfinium personæ ut privignus privigna,.... sponsus sponsa.* »

En dehors de cette exception, la donation entre fiancés, *sponsalitia largitas*, était soumise à toutes les règles des donations. Notamment cette donation était irrévocable, que le mariage, en vue duquel elle était faite, se réalisât ou non, « *sponsæ res simpliciter donatæ non insecutis nuptiis non repetuntur* » (*frag. vatic.*, § 262). Ces donations restaient donc valables quoique le mariage n'eût pas lieu, « *nisi eâ lege, nominatim factæ essent, aut id actum evi-denter appareret* » (Vinnius, Inst, II. 6 § 3).

La *sponsalitia largitas* diffère à ce point de vue des *munera sponsalitia*, présents échangés entre les fiancés,

et qui devaient être respectivement restitués quand le mariage n'était pas célébré. (L. 2, C. de don. a. nupt. — Cujas, *ad Cod.*, Liv. 15, Tit. 1, 2, 3).

Quand aux *arrhæ sponsalitice*, leur rôle était le même ici que dans la vente : si le mariage avait lieu, elles étaient rendues de même que si les deux parties étaient d'accord pour rompre le projet de mariage, ou que l'obstacle provint de la mort de l'une des parties ou d'un évènement qui ne pouvait être imputé à aucun des fiancés. Dans tout autre cas, les arrhes étaient rendues au simple ou au double, suivant les distinctions présentées par la loi 5 C. de sponsalibus, 5-1 ; avant cette constitution, les arrhes étaient rendues au quadruple (L. 6, C. Téod., de sponsalibus).

Sous un autre rapport encore, la *sponsalitia largitas* se sépare des deux derniers actes juridiques dont nous venons de parler. Tandis que ceux-ci peuvent émaner de l'un quelconque des fiancés, souvent de tous les deux à la fois, la *sponsalitia largitas*, au contraire, est presque toujours l'œuvre du fiancé (16, C. de don. a. nupt.). De la part de la femme on trouverait rarement cette donation, ainsi que le déclare ce texte ; on voyait là, en quelque sorte, le pendant de la dot apporté par la femme.

Cet usage de la *sponsalitia largitas* dut s'introduire dans le mariage libre, *sine manu*. La femme, dans ce cas, n'avait aucun droit dans la succession du mari, et il parut inique que celui-ci gagnât la dot, au cas de prédécès de la femme et que cette dernière n'eût aucune compensation dans l'hypothèse inverse. Il semble cependant

que la *sponsalitia largitas* faisait à la femme une situation préférable à celle du mari, celui-ci ne pouvait garder la dot que si la femme précédait, tandis que la donation faite à celle-ci lui était acquise dans tous les cas.

Pour équilibrer à cet égard les droits des époux, la loi 5, C., 5-9, nous dit, que la femme se constituait en dot ce qu'elle avait reçu de son fiancé à titre de donation. On formait ainsi une masse commune qui appartenait au survivant.

Ce n'était là qu'un palliatif du caractère d'irrévocabilité de la *sponsalitia largitas*, et dans l'hypothèse où le mariage n'avait pas lieu, la femme se trouvait réaliser un bénéfice contrairement à l'intention vraisemblable du donateur. Aussi, convenait-on souvent par un acte exprès, de subordonner la donation à la réalisation du mariage. (L. 1, § 1, D, *de donat*, 39-5). Pour soustraire cette donation à la prohibition du sénatus-consulte de Caracalla, on la considérait comme produisant un effet immédiat et résoluble si le mariage n'avait pas lieu. C'était, dit M. Boissonnade (*Hist. des dr. de l'époux survivant*, p. 51), une *donatio pura quæ sub conditione resolvitur* » (L. 32, § 22, D., 24-1. — LL. 2 et 4 C. 5-3,) et au cas de résolution, le donateur avait la *condictio ob rem dati, causa non secuta*.

Enfin Constantin décida en 319 que cette condition résolutoire serait réputée sous-entendue dans tous les cas. On ne saurait admettre, dit-il dans sa Constitution, l'opinion ancienne, aux termes de laquelle les donations faites à la fiancée étaient valables quoique le mariage ne fût pas célébré (L. 15, C. 5-3).

Constantin apporte, d'ailleurs, dans cette Constitution et une autre de l'année 336 (L. 16, C., 5-3) des restrictions à la résolution tacite qu'il a organisée. C'est ainsi que dans ce dernier texte, il distingue au point de vue de l'acquisition de la libéralité au profit de la femme, suivant qu'elle a ou non reçu le baiser du fiancé. On retrouve également cet usage dans les *fueros de Castille*, ce qui s'explique facilement si l'on remarque que la constitution de 336 était précisément adressée au vicaire des Espagnes.

Telle est la physionomie que présente dans le dernier état du droit la *sponsalitia largitas*. Nous voyons qu'à l'époque classique, antérieure aux *principes juniores* auxquels Justinien attribue, à tort ou à raison, la création de la *donatio propter nuptias*, il y avait une libéralité entre fiancés.

Quels sont donc ces empereurs qui auraient organisé cette libéralité ? Si l'on parcourt les textes compris dans le titre de *donationibus ante nuptias*, au Code (5-3) on voit que la Constitution la plus récente, qui vise la *donatio ante nuptias*, appartient aux Empereurs Théodose et Valentinien, et date de 428 après Jésus-Christ (L. 17, C. 5-3). Il y a bien, dans ce titre, des constitutions émanant des princes antérieurs à ces derniers, mais elles visent la *sponsalitia largitas*, par exemple les seize premières lois. Ce seraient donc les empereurs de la première moitié du cinquième siècle qui auraient créé cette institution. Mais est-ce véritablement une disposition législative qui lui a donné naissance ? Ceci nous paraît peu admissible en présence des termes vagues par lesquels Justinien nous indique l'époque de

son apparition. Si la Constitution impériale avait ainsi organisé de toutes pièces cette sorte de donation, Justinien nous aurait dit à quel prince l'innovation était due. Théophile, dans sa paraphrase, n'est pas plus précis que Justinien. Il est donc à présumer que les empereurs n'ont fait que réglementer une institution juridique que la pratique avait mise au jour. Usitée longtemps avant d'avoir été codifiée par les empereurs du ^v^e siècle, la *donatio ante nuptias* avait-elle surgi dans l'empire romain sous l'influence de nécessités sociales, ou se trouvait-on en présence d'un emprunt fait à la législation des peuples vaincus ? C'est ce qu'il faut déterminer.

Avant d'examiner les divers systèmes qui ont été proposés et pour voir s'ils sont acceptables, il est nécessaire de bien mettre en lumière les traits les plus saillants de la *donatio ante nuptias*, tels qu'ils se dégagent des textes. C'est particulièrement la loi 20, C., 5-3 qui nous trace les caractères de la *donatio ante nuptias*. Cette donation, nous dit Justinien, est faite par le mari ou par des personnes qui interviennent en son lieu et place, elle doit être considérée, non point comme une simple donation, mais bien comme une contre-dot (*antipherna*), ne différant de la dot elle-même ni par le nom ni par la nature, *neque nomine neque substantiâ*. Pendant le mariage, le mari administre les biens dotaux et ceux qui composent la donation. Enfin à la dissolution, elle est soumise aux mêmes règles que la dot.

Après avoir rappelé ces principes de la législation romaine sur la *donatio ante nuptias*, voyons si on trouve,

dans les autres législations, quelque chose d'identique qui puisse nous porter à croire qu'il y aurait un emprunt fait à ces dernières.

D'après certains auteurs, il faudrait chercher l'origine de la *donatio ante nuptias* dans les institutions de l'Orient.

Cette opinion ne peut être admise ; on trouve il est vrai, dans ces institutions, une sorte de constitution de dot faite par le mari, mais il est inexact de dire qu'elle était faite en faveur de la femme. C'était en effet le père de celle-ci qui recevait les objets donnés par le mari, et celui-ci était censé effectuer un achat de sa femme. L'analogie de cette opération avec la *donatio ante nuptias* est donc beaucoup plus apparente que réelle.

Pour d'autres, les Romains auraient trouvé cette donation dans les institutions germaniques. On invoque, en faveur de cette opinion, la phrase de Tacite : « *Dotem non uxor marito, sed uxori maritus offert* » (*de moribus germanorum*, ch. 18). Cet usage, en effet, est confirmé par les plus anciens monuments du droit barbare, par les capitulaires et aussi par les formules de Marculfe. Là encore, il faut voir surtout un prix payé par le mari pour l'acquisition du *mundium*. Ce n'était pas le pendant de la dot, puisque, comme le dit Tacite, la femme n'en apportait pas.

Plus vraisemblable que les précédents est le système qui voit dans la *donatio ante nuptias* une institution d'origine gauloise. On s'est basé sur le passage suivant des commentaires de César : « *Utri quantas pecunias ab uxore ribus, dotis nomine, acceperunt, tantas ex suis bonis, æsti-*

« *matione facta cum dotibus communicant. Hujus omnis pecunie conjunctim ratio habetur, fructusque, servantur* » (L. VI, ch. 19). Et le texte ajoute : « *Uter eorum vitæ suæ pererit ad eum pars utriusque cum fructibus superiorum temporum pervenit.* » On a pu trouver là, dans une certaine mesure, l'origine de la communauté coutumière, mais nous ne pensons que tel ait été le point de départ de la *donatio ante nuptias*. Remarquons, d'ailleurs, que l'historien de la guerre des Gaules ne semble pas avoir donné un tableau bien exact de la condition pécuniaire des époux. Il affirme, en effet, que le conjoint survivant obtiendrait non seulement la totalité des apports communs, mais encore les fruits des années qui ont précédé la dissolution du mariage, or, on reconnaît généralement la fausseté de cette dernière affirmation.

En dehors même de cette observation, il est inadmissible que ce soit cinq siècles après la conquête des Gaules que l'usage par le mari de faire une donation à sa femme, en compensation de la dot, se soit répandu à Rome. On sait en effet que les lois et usages des Gaulois ne survécurent guère à la conquête de César. De plus, dit M. de Salvandy, dans sa remarquable thèse de doctorat (*Essai sur l'histoire des gains de survie*, 1855, p. 60-67), lorsque les Francs se fixèrent dans le Nord de la Gaule, il n'y avait pas d'institution analogue à la *donatio ante nuptias*. Dans le midi même, les plus anciens monuments du droit attestent l'existence, antérieure à l'introduction des textes de Justinien, d'une libéralité faite par le mari à sa femme avant le mariage. Ils lui donnent avec son nom primitif de

sponsalitia donatio, un caractère beaucoup plus éloigné de l'ancien gain de survie des lois celtiques que de la dernière législation du Bas-Empire.

En résumé, nous repoussons les différentes origines que l'on a essayé de trouver à la *donatio ante nuptias* dans les institutions étrangères à la législation romaine. Cette idée a trop longtemps prévalu dans l'étude du droit romain que Rome aurait emprunté beaucoup aux peuples vaincus. Pour ne parler que de l'hypothèque, on commence aujourd'hui à abandonner le système aux termes duquel il y aurait là une importation grecque, modifiée, il est vrai, dans son caractère essentiel, la publicité, en passant sur le sol d'Italie. En ce qui concerne la *donatio ante nuptias*, il faudrait trouver des traits de ressemblance plus accentués avec les diverses législations que nous avons signalées, pour s'arrêter à l'idée d'emprunt.

« D'ailleurs, en admettant qu'il y ait une certaine analogie, dit M. d'Hauthuille (*Revue de législ.*, t. VIII, p. 350), il serait peut-être inexact d'en conclure que ces institutions ont effectivement procédé les unes des autres. L'empire romain dans sa décadence possédait encore dans les seuls débris de son ancienne splendeur et de sa savante législation, assez de richesses pour dédaigner les lois et les usages des barbares; et les législateurs de Constantinople qui se perdaient dans l'immensité du droit national que des siècles plus florissants leur avaient légué, étaient occupés à simplifier ce droit par l'abrogation des doctrines qui ne convenaient plus à leur époque, et ils ne pouvaient même penser à

« le compliquer par l'adoption d'institutions étrangères. »

Il nous est d'autant plus facile de suivre cette opinion, que le droit romain nous montre comment l'on est arrivé à l'organisation de la *donatio ante nuptias*, par le développement progressif de la législation sur les donations entre futurs époux. On a vu plus haut comment fut tour à tour réglementée la *sponsalitia largitas*, c'est de là, croyons-nous, qu'est sortie la *donatio ante nuptias*. La pratique s'empara de la *sponsalitia largitas*, telle que nous l'avons trouvée organisée sous Constantin, au iv^e siècle ; bientôt, encouragée par le christianisme, une institution nouvelle fut créée, et les empereurs du v^e siècle n'eurent plus qu'à la transporter du domaine des faits dans celui du droit. Il arrive souvent, en effet, que la pratique force, en quelque sorte la main au législateur, et ce dernier fait toujours une œuvre utile et durable quand il reconnaît et sanctionne une opération juridique, dont les besoins de la vie quotidienne ont démontré l'efficacité. Que de lois, au contraire, viennent se briser au contact de la pratique, lorsqu'elles sont nées de conceptions logiques peut-être, mais que la nécessité n'avait pas inspirées.

Comment se fait-il alors que notre institution ne se soit pas développée plus tôt ? On en a donné, selon nous, une excellente raison : « Au temps des grands jurisconsultes, la famille était forte encore et unie au point de vue du droit. Au Bas-Empire, elle se désagrège. Les droits pécuniaires de ses membres se dégagent peu à peu ; en laisser le règlement comme jadis au testament du *paterfamilias*, c'était, dans les idées nouvel-

« les, les mettre à la merci d'une volonté arbitraire et
« changeante.... Il était naturel que la femme se fit assu-
« rer par un acte entre-vifs les avantages que son mari
« était moralement obligé de lui faire sur ses biens per-
« sonnels, et¹ que précédemment, il ne réglait que dans
« son testament. » (Esmein, *Nouv. Rev. hist. de dr. fr. et*
étr. t. 8, année 1884, p. 22).

Les rapports de filiation, que nous établissons entre la *sponsalitia largitas* et la *donatio ante nuptias*, sont faciles à démontrer si l'on met en regard les caractères des deux institutions.

L'une est toujours faite par le futur à la femme, l'autre était ordinairement faite ainsi.

A partir de Constantin, la première est tacitement subordonnée à la réalisation du mariage, il en est de même de la seconde.

Le plus souvent la femme se constituait en dot la *sponsalitia largitas*, elle se constituait également en dot la donation pour cause de noces.

Enfin, lorsque Justinien écrit que cette dernière est soumise aux mêmes règles que la dot, nous n'avons pas lieu d'en être surpris, puisque la *sponsalitia largitas* était en pratique convertie en dot.

La *donatio ante nuptias* nous apparaît donc comme le développement de la *sponsalitia largitas*. C'est bien ce qui semble attesté par la rubrique de notre titre au Code (5-3) : *De donationibus ante nuptias vel propter nuptias et sponsalitiis*. D'autre part, nous avons eu déjà occasion de dire que notre titre, sur les vingt lois qui le composent,

en contient quinze qui se réfèrent à la *sponsalitia largitas*. Ajoutons enfin, que les termes, anciennement usités pour désigner la *donatio* entre futurs époux, sont encore souvent appliqués à la *donatio propter nuptias*, notamment l'expression *sponsalitia largitas*. Si l'on voit les règles du droit ancien sur la donation entre futurs époux et celles plus récentes, qui régissent la *donatio propter nuptias*, figurer côte à côte, n'est-ce pas naturel de penser que cette dernière espèce de donation ne fut qu'une transformation de la première.

CHAPITRE II

DU RÉGIME JURIDIQUE DE LA DONATIO ANTE NUPTIAS.

Nous avons déjà dit que Justinien dans la loi 20 C. 5-3, qualifiait la *donatio ante nuptias* de *antipherna* et refusait d'y voir une simple *donatio*. Il nous faut donc, pour montrer quel est le régime juridique de la *donatio ante nuptias*, développer les deux points suivants : 1° cette institution n'est pas soumise aux règles des donations ; 2° elle est régie par les mêmes principes que la dot.

SECTION PREMIÈRE

La donatio propter nuptias n'est pas soumise aux règles des donations.

C'est seulement dans le droit de Justinien qu'il est vrai de dire de la *donatio propter nuptias* qu'elle échappe à l'application des règles sur les donations. Avant ce prince, bien que les efforts de la pratique et des constitutions impériales tendissent manifestement à rapprocher de plus en plus la dot et la donation, certaines différences n'avaient pu disparaître parce qu'elles tenaient à l'origine de cette dernière institution.

Nous venons de voir, dans le chapitre précédent, qu'elle est sortie de la *sponsalitia largitas*, or celle-ci constituait une véritable donation au point de vue de sa nature. Étant donné ce point de départ, si l'on se rappelle combien l'élément traditionnel joue un rôle considérable dans toute législation, et plus particulièrement dans la législation romaine, on comprendra sans peine que la *donatio ante nuptias* portât, en quelque sorte, le sceau et la peine de son origine (1).

Se présentant comme une donation, il en résultait qu'elle ne pouvait avoir lieu qu'avant le mariage, car après cet acte, elle se trouvait atteinte par le S. C. de Caracalla. D'autre part, elle était soumise à l'insinuation lorsqu'elle dépassait 200 solidus. A ce double point de vue, il existait une différence avec la dot qui, n'étant plus guère considérée comme une libéralité, n'avait pas besoin d'être insinuée et pouvait être constituée pendant le mariage (Paul, II, 21 B, § 1). Mais ces deux dissemblances furent successivement effacées.

C'est l'empereur Justin qui entra le premier dans la voie nouvelle tendant à l'assimilation complète des deux institutions. Si au cours du mariage, dit-il (L. 19, C. 5-3), la femme ou quelqu'un en son nom veut augmenter la dot, il sera permis au mari ou à un tiers d'accroître la

1. Cette idée est mise remarquablement en lumière, en ce qui concerne l'hypothèque, dans l'excellent appendice de M. Labbé sur l'hypothèque (Ortolan, t. III) où le savant professeur nous montre que l'hypothèque, née du gage, ne put se débarrasser de l'idée de possession qui est à la base de ce dernier contrat.

donatio ante nuptias dans la même mesure. Quant à l'objection tirée de la prohibition des donations entre époux, on répond qu'il faut se montrer ici très indulgent en présence de l'accord de volonté des parties, et que refuser au mari le droit d'augmenter le chiffre de la donation pour cause de noces, ce serait détourner la femme d'augmenter sa dot. Justin décide qu'il faut même permettre au mari de la constituer pour la première fois pendant le mariage, lorsqu'il s'agit d'un mariage, comme il s'en rencontre quelquefois (*interdum*), où il y a eu une dot et point de donation anté-nuptiale. Mais la valeur de la donation ne peut excéder l'augmentation de la dot.

On violait ainsi, il faut le reconnaître, la règle prohibant les donations entre époux. On crut pouvoir le faire en exigeant que chaque époux s'enrichît ou s'appauvrit également, ce qui paraissait ne rien changer à la situation créée avant le mariage.

Dès lors, si l'on permettait non-seulement d'augmenter, mais encore de faire des donations anté-nuptiales pendant le mariage, l'expression *ante nuptias* devenait un non sens. Justinien le comprit ainsi, et dans la loi 20, pr. C. 5-3, que nous avons eu déjà l'occasion de citer souvent, il déclara que la *donatio ante nuptias* s'appellerait désormais *donatio propter nuptias*. Allant plus loin encore dans la voie tracée par son prédécesseur, il permit de la faire pendant le mariage, sans exiger une augmentation de pareille valeur dans la dot. Pourquoi, dit-il, permettre à la femme de constituer la dot pendant le mariage et défendre au mari de faire une donation en pareil cas? Il n'y a

pas de bonne raison à donner de cette différence ; mieux vaut, au contraire, protéger les femmes, *propter fragilitatem sexus*, que leurs maris. De même, ajoute la constitution, que la dot est faite *propter nuptias*, en sorte que sans mariage il ne saurait être question de dot ; de même il faut assimiler à la dot les donations faites par le mari dans le même but, « *quia quasi antipherna hæc po ssunt intelligi, et non simpla donatio* ». Justinien appuie son argumentation sur l'autorité des anciens interprètes (*antiqui juris conditores*) qui comptaient la dot au nombre des donations, et conclut en disant que rien, au point de vue de leur nature (*substantiâ*) ou de la terminologie (*nomine*), ne sépare la dot et la *donatio propter nuptias*.

Comment Justinien a-t-il été conduit à opérer cette réforme ? Il nous le dit lui-même dans les premières lignes de la constitution qui nous occupe et nous donne en quelque sorte le « considérant » qui a motivé sa décision. Des plaintes nombreuses lui avaient été adressées contre des maris, qui ne faisaient pas insinuer avant la célébration du mariage la donation anté-nuptiale qu'ils avaient faite, abusant ainsi de l'inexpérience de leur femme. Cette donation se trouvait frappée de nullité, et le mari tirait profit de la dot apportée, tandis que la loi ne fournissait à la femme aucun moyen d'échapper à l'inconvénient signalé.

Pour couper court à cette fraude, on aurait pu décider que l'insinuation de la donation serait possible après la célébration du mariage. Mais admettre la possibilité de

l'insinuation pendant le mariage, alors que la donation ne pouvait pas, en principe, être faite à ce moment, eût été quelque chose de contraire à l'*elegantia juris*. Aussi, Justinien nous semble-t-il avoir procédé de la façon la plus heureuse et la plus logique, en abandonnant la théorie ancienne qui voulait que la donation à cause de noces précédât le mariage. Il n'y avait plus alors inconséquence à décider que l'insinuation d'une donation anté-nuptiale était possible pendant le mariage, la donation ayant précédé, puisque la réalisation même de l'acte insinué pouvait inutilement avoir lieu à cette époque (L. 20, § 1, C. 5-3).

Afin que l'assimilation de la dot et de la *donatio propter nuptias* fût complète, il restait un progrès à réaliser. Pourquoi, en effet, soumettre cette dernière à la formalité de l'insinuation, alors que la dot en était dispensée? Ce dernier pas fut franchi par la Novelle 119, ch. 1, où Justinien décide que la *sponsalitia largitas* (nous avons déjà dit qu'il emploie indifféremment cette expression et celle de *donatio propter nuptias*, que l'on trouve d'ailleurs dans la rubrique de la novelle 119, ch. I) doit être considérée comme un contrat particulier, dispensé de la formalité de l'insinuation.

A ce moment, il est absolument vrai d'affirmer, comme nous l'avons fait plus haut, que la *donatio propter nuptias* n'est pas soumise aux règles des donations. Telle est bien la manière de voir de Justinien, lorsque, dans la novelle 119, il déclare que la donation à cause de noces est un contrat *sui generis*, qu'il faut rayer de la liste des dona-

tions, « *et non aliis donationibus eam connumerari.* »

Une novelle postérieure est venue apporter une correction notable à la décision précédente. C'est seulement à l'égard du mari, qu'il est vrai de dire, de la donation anténuptiale, qu'elle est valable indépendamment de toute insinuation. L'intérêt même des femmes a décidé Justinien à revenir au droit antérieur à la novelle 119, « parce que, dit-il, l'expérience a montré que le défaut d'insinuation peut leur être très préjudiciable. » Il peut arriver, facilement que les *instrumenta dotalia* se soient perdus et que la preuve du mariage soit ainsi rendue impossible. Les registres publics sur lesquels l'insinuation aura été faite viendront alors remédier à cette perte. Justinien soumet ainsi, quant à l'insinuation, les donations *propter nuptias* au droit commun des donations, tel qu'il a été établi dans la L. 36, § 3. C. 8-54. (Cf. Inst. 11. 7 § 2). Le mari doit faire insinuer *apud acta* la *donatio propter nuptias*, supérieure à 500 solides. S'il contrevient à cette obligation légale, le défaut d'insinuation ne pourra pas être opposé à la femme lorsqu'elle réclamera la donation. D'autre part, dans le cas où le mari aurait acquis des droits définitifs sur la dot, à raison du mode de dissolution du mariage, toute action lui sera refusée. Dans sa sollicitude pour tout ce qui touche aux intérêts de la femme, Justinien n'a pas voulu qu'ils pussent se trouver menacés à raison de l'inobservation d'une formalité que le mari devait remplir.

Quoi qu'il en soit de ces modifications apportées à la novelle 119, et qu'un motif d'utilité pratique fit intro-

duire, nous croyons avoir établi avec les textes, que dans le dernier état du droit, la *donatio propter nuptias* n'obéit pas, en principe, aux règles qui gouvernent les donations.

Après avoir ainsi envisagé la condition juridique de notre institution sous cette face négative, il nous faut dire ce qu'elle est véritablement et quels principes la régissent.

SECTION II

La donatio propter nuptias est soumise aux mêmes règles que la dot.

Les textes nous ont présenté la *donatio ante nuptias* comme la contre-partie de la dot. C'est une idée sur l'affirmation de laquelle nous n'avons pas à revenir, mais il nous faut en établir les justifications. C'est le point capital de cette étude.

Lorsque nous disons que la *donatio ante nuptias* est la contre-partie de la dot, nous n'entendons pas, et ce point ne saurait faire de doute à l'origine, que toutes les fois que la femme apporte une dot le mari fait une donation. Tout ce que l'on peut dire à cet égard, c'est que du jour où s'introduisit la pratique de cette libéralité elle dut aller habituellement de pair avec la dot. Les textes du Bas-Empire nous présentent en effet, comme exceptionnel, le mariage sans donation pour répondre à la dot

constituée à la femme. Entraîné par l'idée d'égalité à réaliser entre les époux, Justinien en arriva à décider (nov. 97. ch. I) qu'il devait y avoir équivalence entre la dot et la *donatio propter nuptias*. Il voulait ainsi empêcher les époux de se circonvenir en vue de réaliser un bénéfice. Est-ce à dire que par le seul fait d'une constitution de dot, une donation équivalente sera réputée constituée *ipso jure* ? Certains interprètes l'avaient pensé, nous dit Perizius (*ad codicem* 5-3, n° 7), mais il observe avec finesse qu'il est plus exact de prétendre : « *donationem propter nuptias non tam ipso jure censerì constitutam quam constituendam.* » La femme put alors contraindre le mari à faire une *donatio propter nuptias* égale à la valeur de la dot.

Inversement, on peut affirmer qu'il n'y a pas de donation pour cause de nocés sans constitution de dot, en ce sens du moins, que la femme ne peut la gagner alors que l'absence de dot privait le mari de la même chance de gain. C'est là un point absolument établi par la nouvelle 2, chapitre V : Un fiancé ayant promis une donation en faveur du mariage et la femme une dot, le mari seul a effectué la prestation promise, puis le mariage s'est dissous par le prédécès du mari. La femme, nous est-il dit, ne gagnera pas la donation anté-nuptiale, ainsi que le voudrait le droit commun comme il sera établi par la suite, parce que, la dot n'ayant pas été fournie, c'est le mari seul qui a supporté toutes les charges du ménage. Si la femme avait apporté une partie de la dot, elle pourrait exiger la *donatio propter nuptias* dans la mesure de

la dation par elle effectuée : « *Æqualitatis enim et justitiæ sumus amatores* », dit la novelle.

Il pouvait arriver que la femme, ou le constituant de la dot, offrît cette dernière au mari qui refusait de la recevoir. Dans ce cas, si, à la dissolution du mariage, la femme avait droit à la donation anté-nuptiale, une fin de non recevoir tirée de ce que la dot n'avait pas été livrée, n'était pas opposable à sa demande. En effet, au cas de refus de la personne chargée de recevoir, celle qui a voulu effectuer la prestation, doit être considérée comme ayant exécuté son obligation. De même, dit la novelle 91, chapitre II, qu'il faut refuser tout droit à la donation à cause de noces, quand la dot n'a pas été livrée par suite du retard du constituant, de même la solution contraire s'impose lorsque le débiteur de la dot a voulu la remettre au mari qui l'a refusée.

Ces textes nous montrent bien la fonction de notre institution et son parallélisme avec la dot, ce qui a fait dire que la donation à cause de noces était « *dos mutua a marito uxori data.* »

Cette remarque faite, qu'il ne saurait y avoir de *donatio propter nuptias*, là où il n'y a pas de dot, parce que la première est en quelque sorte, le corollaire de la seconde, nous acceptons entièrement ces termes que nous trouvons dans une note sur la paraphrase de Théophile : « *donatio propter nuptias est veluti contraria dos maritii repensatiæ dotis, æquipendium, hostimentum* (Gul. Otto. Reitz, L. II. tit. 7, § 3, note b, p. 301).

Il nous faut maintenant démontrer que la *donatio prop-*

ter nuptias est soumise à la même législation que la dot. Il est pour cela, nécessaire d'envisager cette libéralité à trois points de vue successifs, de même qu'il serait fait si nous avions à parler de la dot.

Nous examinerons dans trois paragraphes :

1° Comment se constitue la *donatio propter nuptias* ;

2° Quelle est sa condition juridique pendant le mariage ;

3° Quel est le sort de cette libéralité après la dissolution du mariage.

§ 1. — *Comment se constitue la donatio propter nuptias.*

De même que la dot, la donation anté-nuptiale suppose l'existence d'un mariage à la réalisation duquel elle est subordonnée, et, comme elle aussi, elle peut être faite par une personne quelconque. Certaines personnes mêmes sont tenues de la constituer au mari, ce sont ses père et mère.

Pour le père, nous en trouvons la preuve dans la L. 7, *in medio*, C. 5, 11, où il nous est dit : « *omnino paternum esse officium, dotem vel ante nuptias donationem pro suâ dare progenie.* » On a prétendu que cette expression *paternum officium* désignait seulement un simple devoir moral. Cette interprétation doit être repoussée, car dans ce texte très étendu, Justinien met constamment sur la même ligne, au point de vue de la constitution, la dot et la *dona-*

tio ante nuptias. Or, Marcien nous dit (L. 19, D. 23-2), que, conformément aux dispositions du chap. 35 de la loi Julia, étendue par une constitution de Septime-Sévère et Caracalla, les père et mère qui refuseraient de doter leurs enfants y seraient contraints par le magistrat. Il faut donc en dire autant de la donation.

Tout au moins devrait-on conclure de la L. 7, C. 5-11, que l'usage imposait au père une véritable obligation de convenance relativement à la donation anté-nuptiale. Mais la preuve que cette obligation était plus étroite, c'est que, dans le cas de la folie du père, le curateur était forcé de constituer cette donation, ainsi que l'atteste une constitution de l'empereur Justin (L. 28, C. 1-4) : « Le « magistrat fixera le *quantum* de la donation en présence « du curateur et des proches parents du *furiosus*, appelés « pour éviter toute difficulté à ce sujet, car il ne faut « pas, dit la constitution, occasionner des frais qui ne fe- « raient qu'aggraver l'infortune du fou ou du *mente cap- « tus*. » Justinien a reproduit exactement cette constitu- tion dans la loi 25, C. 5-4. Si l'on peut ainsi procéder directement à la constitution d'une *donatio ante nuptias*, c'est que l'on voyait, à cet égard, une obligation stricte imposée au père.

La loi 7 précitée nous indique que le père était obligé de faire une donation, non-seulement à son enfant resté *sub potestate*, mais encore à son fils émancipé.

On doit également conclure de l'assimilation établie par le texte précédent, entre la dot et la *donatio propter nup- tias*, que pareille obligation incombait à la mère dans le

cas où elle aurait été tenue de doter sa fille. Or, la loi 14, C. 5-12 nous apprend que la mère pouvait être contrainte de doter sa fille « *ex magnâ et probabili causâ, vel lege specialiter expressâ.* » C'était le juge qui appréciait souverainement, à cet égard, les circonstances de fait qui permettaient de forcer le consentement de la mère. Quant aux dispositions législatives, nous ne trouvons qu'un seul texte imposant à la mère l'obligation de constituer à son fils une *donatio propter nuptias*, c'est la loi 19, § 1, C. 1-5 : « Les enfants orthodoxes peuvent contraindre leurs parents hérétiques à leur constituer une dot ou une donation *ante nuptias*. » La loi 13, pr. C. 1-5, donne la même solution en parlant seulement des pères hérétiques.

On se demanda si cette obligation était imposée aux parents dans ces deux derniers textes, même au cas où les enfants auraient des ressources suffisantes pour vivre. La question souleva des difficultés à Rome, et sa résolution fit l'objet de l'une des *quingenta decisiones*. Dans la loi 7, C. 5-11, Justinien prévoit l'hypothèse d'un père, qui constitue une donation à cause de noces à son fils, ayant un patrimoine propre sur lequel le père avait un droit d'usufruit. On se demandait autrefois, s'il fallait décider que cette donation était faite sur les biens dont le père se trouvait débiteur, ou sur son patrimoine personnel, et s'il restait obligé à restitution quant aux objets dont il était usufruitier. Une autre difficulté, ajoute Justinien, se greffait sur la première, lorsque le père avait déclaré constituer la donation anté-nuptiale sur les biens

paternels et maternels. Fallait-il prendre cette donation par moitié sur chaque catégorie de biens, ou proportionnellement à leur valeur respective ?

Pour mettre fin à ces hésitations, Justinien décida que, en l'absence de clause contraire, le père serait présumé vouloir faire une libéralité à son fils. Il restait, ainsi, débiteur envers son fils des biens dont ce dernier était demeuré propriétaire.

Si le père était sans ressources, et qu'il eût déclaré constituer la *donatio propter nuptias* tant sur ses biens que sur ceux de son fils, c'est sur les biens de ce dernier que devait être prise la libéralité. Si le père était solvable, on devait prendre d'abord ses biens, puis ceux de son fils.

Nous avons déjà dit que le texte qui nous occupe, met constamment sur la même ligne la dot et la *donatio propter nuptias*. Il en est encore ainsi de la L. 31, § 1, C. 5-12, qui ne permet pas au constituant de la donation, de faire les mêmes stipulations de retour de biens qu'au cas de dot. L'assimilation existe ainsi au point de vue du retour légal en faveur du père ou de la mère qui ont constitué la *donatio propter nuptias* (L. 2. C. 6-61).

Nous trouvons encore un rapprochement en ce qui concerne l'obligation du rapport. La fille dotée devait rapporter la dot qu'elle avait reçue. L'empereur Léon décida, dans une constitution de 467 (L. 17, C. 6-20), que le fils, auquel aurait été fait une *donatio ante nuptias*, serait soumis à la même obligation ; et cela pour maintenir l'égalité (*cequâ lance*) des droits successifs entre tous

les enfants. Zénon, se basant sur cette constitution, déclare (L. 29, C. 3-28), que la *donatio ante nuptias* comptera pour le calcul de la quarte légitime revenant au fils.

Tout ce qui vient d'être dit établit, de la façon la plus manifeste, l'analogie qui existe entre la dot et la *donatio propter nuptias*. Poursuivons notre examen et, après avoir constaté qu'au point de vue de la constitution, la dot et la *donatio* pour cause de noces obéissent aux mêmes règles, montrons qu'il en est de même pendant le mariage.

§ 2. — *Condition juridique de la donatio propter nuptias pendant le mariage.*

Dans le principe, la femme devenait propriétaire des biens composant la *donatio ante nuptias*. Mais la femme se constituant ces biens en dot, la propriété en était rendue au mari. Il était dès lors puéril et inutile de transférer la propriété à la femme, et l'usage, plutôt que la loi, fit admettre que celle-ci ne devenait plus immédiatement propriétaire de la donation. Cette dernière restait entre les mains du mari pour se joindre à la dot, « *ad onera matrimonii sustinenda* ». Un apport réciproque se trouvait ainsi organisé, et les deux valeurs allaient tendre de plus en plus à s'harmoniser.

La femme n'a donc, sur la *donatio ante nuptias*, qu'un droit éventuel et subordonné au prédécès du mari, qui conserve la propriété des biens donnés. La vérité de cette

assertion nous semble démontrée par la disposition de la nouvelle 64, ch. I, pr., où Justinien défend au mari d'hypothéquer et d'aliéner les immeubles compris dans la donation anté-nuptiale. Cette défense suppose donc qu'il aurait, en principe, la capacité d'hypothéquer et d'aliéner, puisée dans sa qualité de propriétaire.

On a voulu soutenir, au contraire (d'Hautuille, *loc.cit.*), qu'il y avait dans la *donatio propter nuptias* transfert de propriété à la femme, et voici les motifs qui en ont été donnés: le nom même de notre disposition « *donatio propter nuptias* », expression employée par la rubrique du tit. 3, liv. V, au Code, indique qu'il s'agit d'un transfert de propriété. C'est parce qu'il en est ainsi, poursuit-on, que la *donatio propter nuptias* doit être insinuée. On ajoute que les textes confirment cette opinion. C'est ainsi que la loi 31, § 1, C. 5-12, envisage la femme comme recevant la donation anté-nuptiale; d'autre part et surtout on invoque la loi 29, C. 5-12, où il est dit que la femme peut revendiquer entre les mains de tout détenteur les biens qui composent la dot et la *donatio ante nuptias*, si le mari est dans la misère et s'il ne peut subvenir aux charges du mariage. Ce droit de revendiquer les biens donnés *ante nuptias* prouve, dit-on, que la femme en a acquis la propriété.

Tout en déclarant la femme propriétaire, on s'empresse de reconnaître que la propriété est imparfaite et fugitive et que le mari conserve sur la *donatio ante nuptias*, de même que la femme sur la dot, une sorte de propriété naturelle.

Ces arguments ne peuvent nous convaincre. Nous ne nous arrêterons pas à la réfutation des premiers, nous attachant seulement au texte invoqué. Il donne bien à la femme un droit de revendication, dans les circonstances que nous avons indiquées, mais cette décision est exceptionnelle et justifiable en un certain sens. On ne veut pas que la femme puisse éprouver un préjudice par le fait du mari, et l'exercice anticipé, que la loi lui confère du droit de revendiquer, ne lui procure pas un bénéfice définitif. Cette *rei vindicatio*, entre les mains de la femme, constitue une simple mesure conservatoire. Considérant l'organisation de la *donatio ante nuptias* telle que l'usage l'a faite, et l'assimilation qui existe partout entre la dot et cette institution, nous dirons que le mari a sur l'une les mêmes droits que sur l'autre.

Si la femme n'est pas propriétaire des biens qui composent la *donatio propter nuptias*, ne faut-il pas au moins décider qu'elle a sur eux un droit d'usufruit ? On invoque, en ce sens, la loi 22, C. 5-36, où Constantin décide qu'un mari, mineur de 25 ans, ne pourra pas donner pour cause de noces un *prædium rusticum*, sans le consentement de son curateur et sans un décret du magistrat, décret qui serait inutile, semble-t-il, si le mari n'aliénait pas l'usufruit au profit de sa femme.

Ce texte n'est rien moins que probant. D'une part, nous pouvons nous attacher, pour le réfuter, aux derniers termes de la nouvelle 22, ch. XXIII. Ils considèrent la *donatio ante nuptias* comme comprise en quelque sorte dans la dot, en ce sens que la femme la gagne au

cas de prédécès du mari, de même que celui-ci gagne la dot par le prédécès de la femme. Puisque la donation pour cause de nocés est comprise dans la dot, il faut décider que le mari seul en a la jouissance, de même qu'il a celle de la dot.

D'autre part, nous comprenons assez aisément la nécessité du décret du magistrat exigé par la constitution 22. Bien qu'une aliénation actuelle de la part du mineur de vingt-cinq ans n'ait pas lieu, elle peut exister par la suite, et cette éventualité seule constitue un danger. Ce texte peut ainsi s'expliquer sans recourir à l'idée d'une aliénation par le mari à la femme de l'usufruit de la donation. Enfin il suffisait d'indiquer les conséquences de ce système pour le faire repousser.

On attribuait, en effet, un droit d'usufruit à la femme, alors qu'elle ne supporte aucune des charges du mariage. Il est bien plus conforme à l'esprit des textes de dire que les revenus de la *donatio propter nuptias* sont, comme ceux de la dot, affectés aux charges communes.

Ces deux institutions ont donc le même but, et le mari doit avoir l'administration et la jouissance des biens qui composent l'une et l'autre. Nous avons dit plus haut qu'il était propriétaire de la *donatio ante nuptias*, ce qui va suivre va confirmer notre manière de voir.

Si pendant le mariage le mari reste propriétaire de cette libéralité, la femme possède sur elle un droit éventuel, droit entouré de garanties assez sérieuses. Ces garanties sont au nombre de trois :

1^o Droit pour la femme de revendiquer la *donatio*

propter nuptias pendant le mariage, si le mari devient insolvable ;

2° Inaliénabilité des biens qui la composent ;

3° Hypothèque légale établie sur ces biens, au profit de la femme, pour sûreté de ses droits.

a. — La revendication de la *donatio propter nuptias*, avons-nous dit, peut être intentée par la femme en cas d'insolvabilité du mari, et c'est une mesure conservatoire. On peut, à ce double point de vue, noter une double analogie entre la dot et la donation à cause de noces. Si, en effet, le mari tombe en déconfiture pendant le mariage, la femme pourra recouvrer sa dot par l'action *rei uxoriæ utilis*, comme au cas de dissolution par le divorce. D'un autre côté, dans la constitution 29, C. 5-12, Justinien prend soin d'indiquer, pour le cas où la femme obtient par anticipation et provisoirement la *donatio ante nuptias*, quel emploi sera fait des fruits perçus. Les revenus seront, comme ceux de la dot, consacrés à l'entretien de la femme, du mari et des enfants. Si donc cette libéralité sert à subvenir aux charges du mariage, lorsqu'elle est entre les mains de la femme, ainsi en doit-il être quand elle se trouve en la possession du mari.

En affirmant que l'attribution de la donation pour cause de noces, ainsi faite à la femme, n'est que provisoire, nous reproduisons la dernière proposition du texte précité de Justinien. Cet empereur y décide que les droits des époux restent intacts lors de la dissolution du mariage. Le mari aura des droits sur la dot et la femme, sur la *donatio propter nuptias*, conformément à ce qui aura été

stipulé dans les conventions matrimoniales. Cette disposition démontre qu'en principe, la dot et la donation à cause de nocces se trouvaient réunies dans les mains du mari. C'est ce que nous avons indiqué plus haut, en attribuant ce résultat à la pratique et aux usages.

Enfin, Justinien déclare dans la constitution que la femme ne pourra pas aliéner les biens qui lui ont été remis. Cela nous conduit à examiner la seconde garantie organisée en faveur de la femme.

b. — L'inaliénabilité ne commence qu'au moment où la femme exerce le droit exorbitant dont il vient d'être question.

Lorsque le mari était détenteur de la dot et de la donation anté-nuptiale, il aurait pu valablement aliéner l'une et l'autre. Quant aux immeubles seulement, le consentement de la femme était exigé, conformément aux prescriptions de la loi Julia. L'inaliénabilité complète de la dot ne date, en effet, que de 530 (L. un., § 15, C., 5-13), or, la constitution que nous examinons est de l'année 528.

Au point de vue de l'inaliénabilité, la dot et la *donatio propter nuptias* ont donc la même situation. Justinien n'a-t-il introduit aucune modification à cet égard ? Le doute aurait pu naître, car, lorsqu'il établit l'inaliénabilité absolue de la dot, il ne fait pas mention de la donation. On aurait pu dès lors se demander si les deux apports devaient être assimilés. Le doute fut levé par la novelle 61, ch. I, qui décida en 537, que la donation à cause de nocces serait inaliénable, même du consentement de la

femme, à moins qu'elle ne renouvelât son consentement au bout de deux ans. Il en était ainsi quant à la prohibition d'intercéder, organisée par le S. C. Velléien. Encore fallait-il que les autres biens, restant dans le patrimoine du mari, fussent suffisants pour désintéresser la femme.

c. — De même que l'inaliénabilité, l'hypothèque légale créée en faveur de la femme sur tous les biens du mari, pour garantir son droit éventuel à la *donatio propter nuptias*, sert à établir que le mari restait pendant le mariage propriétaire de cette dernière. L'existence de cette garantie a été contestée, mais il semble qu'en présence des termes de la loi 12, § 2, C., 8-18, notre opinion est la seule admissible. Justinien déclare que la loi *Assiduus* (L. 12, pr. C., 8-18), ne s'applique pas à la donation anté-nuptiale pour laquelle on doit suivre la règle « *prior tempore potior jure*. » S'il est ainsi question de cette règle, c'est que la femme est considérée comme une créancière hypothécaire.

Il y a ici une différence entre la dot et la libéralité qui nous occupe, mais Justinien nous en donne la raison. Cette dernière constitue un enrichissement pour la femme, et il importe peu qu'elle ne puisse l'obtenir. Il est au contraire très intéressant pour elle de recouvrer la dot qui provient de ses biens personnels et dont la perte lui causerait un préjudice (12, § 2, C., 8-18).

Enfin la novelle 109, chapitre 1^{er}, atteste l'existence de cette hypothèque légale en faveur des femmes orthodoxes. Nous pensons que cette novelle a bien moins pour objet de conférer aux femmes catholiques un bénéfice parti-

culier, que de priver les femmes hérétiques de la jouissance d'une faveur existant d'après le droit commun.

Telles sont les garanties que nous trouvons organisées au profit de la femme, pour sûreté de la *donatio propter nuptias*. Ici s'élève une question délicate, à l'occasion de laquelle on a voulu relever une différence importante entre cette libéralité et la dot : il s'agit de savoir si la femme peut renoncer à ces garanties. Nous avons vu dans la novelle 61, chapitre 1^{er}, paragraphe 1, que si la femme consent à l'aliénation ou à l'hypothèque d'un immeuble compris dans la donation, cette aliénation ou cette hypothèque seront valables si elle les confirme après un délai de deux ans. Cette disposition reproduite du sénatus-consulte Velléien (L. 22, C., *ad s.-c. Vell.*), s'applique, avons-nous ajouté, si le mari a d'autres biens suffisants pour garantir la femme. C'est ce qui ressort clairement de la première partie du paragraphe 3 (nov. 61, ch. 1^{er}). Justinien déclare, en outre, que la constitution n'a pas uniquement pour but de protéger la femme, mais aussi le mari, entre les mains duquel se trouve la *donatio propter nuptias*. Les biens qui n'ont pu être aliénés se trouveront dans sa succession et pourront être recueillis par les enfants communs.

Jusqu'ici, point de difficultés; mais il s'élève une controverse sur la partie finale du paragraphe 3 : « *et multo potius hæc in dote valebunt, si quid dotis aut alienetur, aut supponatur; jam enim hæc sufficientur, delimitata atque sancita sunt.* »

Nous croyons qu'il faut purement et simplement enten-

dre ce texte en ce sens que les décisions, adoptées par Justinien sur la *donatio propter nuptias*, doivent être appliquées à la dot. Il n'y a rien dans cette solution qui puisse étonner, si l'on remarque que ce prince a entouré la législation de la dot de faveurs toutes particulières. Il se refuse à appliquer les rigueurs de la loi, lorsque l'aliénation par le mari, d'un immeuble compris dans la donation, ne compromet pas la situation de la femme. Pourquoi en aurait-il été autrement en ce qui concerne la dot ?

A ce motif rationnel de l'extension, M. Demangeat (*de fundo dotali*, p. 222) a voulu en ajouter un autre, tiré de la rubrique de la novelle 61, où l'on assimile les deux institutions, quant à l'impossibilité d'aliéner. Nous ne pouvons, tout en nous rangeant à l'avis de cet auteur, accepter le motif qu'il en donne. C'est, à notre avis, défendre une interprétation très raisonnable par un mauvais argument. Les rubriques, en effet, ont été l'œuvre des interprètes, et leur rédaction varie avec les éditions.

Cette opinion se trouve corroborée par un passage des *Petri exceptiones* (liv. I, chap. 28). « Le mari, y est-il dit, peut aliéner, avec le consentement de sa femme, un immeuble non estimé, mais deux ans après l'aliénation, il faut qu'une ratification intervienne. »

On a soutenu cependant que la novelle 61 n'avait pas dérogé à la règle de l'inaliénabilité écrite dans la loi unique, § 15, C. *de rei uxoris actione*, autrement, dit-on, les derniers mots du § 3 ne feraient pas allusion à cette disposition protectrice des droits de la femme. Puis, Justinien n'aurait pas affirmé l'efficacité de l'hypothèque

consentie, comme il le fait dans les §§ 3 et 4. Le texte signifierait donc que si l'on entoure de garanties les droits de la femme sur la *donatio propter nuptias*, *a fortiori* doit-il en être ainsi pour la dot, qui est son patrimoine propre.

Nous ne croyons pas que l'objection qui nous est faite, soit en harmonie avec l'ensemble du texte, et d'autre part, en interprétant ainsi la partie finale du § 3, on la rendrait absolument inutile.

Etant admis qu'une règle nouvelle sur l'inaliénabilité dotale se trouve ainsi dans le § 3 *in fine* de la novelle 61, ne faut-il pas dire cependant que cette disposition aurait été abrogée par la novelle 134, ch. VIII ? Celle-ci déclare nulle, l'intercession faite par la femme pour son mari vivant, bien qu'il y ait eu confirmation au bout de deux ans. Nous ne le pensons pas et il suffit, pour en justifier, de montrer que la novelle 61 n'est pas l'application de la loi 22 précitée. Il est vrai que dans le § 1 *in fine* (nov. 61, ch. I), Justinien fait allusion à cette constitution, mais c'est seulement à titre d'analogie. Les deux solutions ne sont pas entre elles dans les rapports de principe à conséquence. Cela ressort de cette simple considération que Justinien exigerait autre chose de plus pour l'application qu'il nous présenterait, que pour la règle qu'il aurait formulée dans la constitution 22. Il faut, en effet, dans la novelle 61, que le mari ait des biens suffisants pour répondre des droits de la femme, et rien de semblable n'est exigé pour la validité de l'*intercessio* confirmée après le délai de deux ans.

Nous n'avons parlé jusqu'ici que de l'aliénation des immeubles compris dans la *donatio propter nuptias*, que décider en ce qui touche les meubles ? On pourrait dire que la femme ne peut pas plus renoncer à son hypothèque en matière mobilière qu'en matière immobilière, car il s'agit, dans les deux cas, d'une garantie organisée dans son intérêt. Cependant, comme les textes parlent toujours des immeubles, il faut raisonner à *contrario* pour les meubles, et rentrer dans le droit commun, tout en donnant une solution qui cadre avec la législation sur la dot. Il est, en effet, reconnu, bien que les termes de la L. 30, C., *de jure dotium*, 5-12 aient pu prêter à quelque doute, que tous les biens apportés en dot ne sont pas inaliénables. La revendication des meubles dotaux, dont parle le texte, n'est pas destinée à atteindre les tiers acquéreurs, mais seulement à protéger la femme contre les créanciers du mari, en les dérobant à la loi du concours.

Nous avons ainsi démontré qu'à tous les points de vue la dot et la *donatio propter nuptias* sont soumises aux mêmes règles, qu'il s'agisse de leur constitution ou de leur régime pendant la durée du mariage. Il nous faut montrer la persistance de ces caractères communs en nous plaçant à sa dissolution.

§ 3. — *Du sort de la donatio propter nuptias après la dissolution du mariage.*

L'assimilation de la dot et de la *donatio propter nuptias* est encore plus complète au point de vue que nous allons

examiner. « En effet, dit M. Boissonade (*loc. cit.* p. 54),
« comme les fruits seuls de ces deux valeurs étaient affectés aux charges du mariage et que les capitaux en étaient également réservés et sauvegardés, il n'y avait qu'un pas à faire pour leur donner la même destination ultérieure et finale. Elle était depuis longtemps trouvée pour la dot, qui était, en général, acquise ou conservée au survivant. Il ne pouvait pas en être autrement pour la donation anté-nuptiale, et peu de temps après Constantin, il fut admis que le survivant des deux époux aurait les deux apports comme gain de survie : le mari gagnait la dot et conservait la donation (laquelle, sauf le cas d'insolvabilité, n'avait pas même été livrée); la femme gagnait la donation et recouvrait la dot. »

Ainsi la femme gagnait la *donatio ante nuptias* quand le mariage se dissolvait par le prédécès du mari, ou encore par un divorce prononcé sans qu'il y ait eu faute de sa part. Il y avait donc réciprocité au point de vue du gain de la dot et de la donation.

Fallait-il appliquer dans tous les cas cette règle de la réciprocité d'acquisition, et particulièrement fallait-il appliquer à la donation les pactes modifiant l'acquisition de la dot par le mari?

C'est en ce sens que se prononça une constitution de Léon et Anthémius de l'année 468, aux termes de laquelle le gain de la dot et de la donation anté-nuptiale se mesurent l'un sur l'autre (L. 9, C., *de pactis conv.* 5-14). Si donc le mari devait obtenir le quart de la dot, la femme avait le quart de la donation, quelle que fût la différence de

valeur de ces deux libéralités. On a remarqué, avec raison, que ce système était très désavantageux pour la femme. Le mari, en effet, ne devant recueillir éventuellement qu'une fraction de la dot, avait fait une libéralité fixée en conséquence. Cette constitution venait ainsi réduire le gain par la femme, de la donation pour cause de noces, celle-ci ayant été déjà réduite en considération des pactes nuptiaux.

La fin de la constitution manque un peu de clarté, pour le cas de dot profectice et réceptice. Fidèle à l'idée de réciprocité d'acquisition, nous croyons avec M. Boissonade (p. 55), que, dans ces hypothèses, la femme ne gagnera pas la donation. Cette solution doit être maintenue, que le mari ait ou non le droit d'exercer des *retentiones propter liberos*. Dans tous les cas de *retentiones*, en effet, il y a compensation d'un préjudice matériel et moral causé au mari et nullement l'idée d'un gain, d'un bénéfice réalisé par lui. S'il retient une fraction de la dot *propter liberos*, c'est à raison des charges que lui imposera l'entretien des enfants. La femme ne pourra pas demander une partie correspondante de la donation. On objecte en vain, que des charges identiques pourraient être imposées à la mère survivante, car dans ce cas, les enfants deviennent *sui juris* et doivent pourvoir à leurs besoins.

Cependant, même au cas de dot profectice ou adventice, il n'était pas inutile de faire une *donatio ante nuptias*. On constituait ainsi un fonds commun destiné à faire face aux charges du mariage et qui, à raison de ce but

même, échappait à l'action des créanciers du mari devenu insolvable. Puis, en ce qui touche la dot profectice, le père, auquel la dot devait faire retour, pouvait mourir pendant le mariage. Dans ce cas, comme rien ne fait plus obstacle à l'acquisition éventuelle de la dot par le mari, la donation qui a été constituée peut sortir son plein et entier effet.

Nous avons supposé plus haut que des pactes avaient été faits, quant à l'acquisition de la dot par le mari, et nous en avons étendu l'effet à la donation. Une autre hypothèse peut se présenter. Les conventions matrimoniales ont réglé l'acquisition de ces deux libéralités, mais il y a inégalité entre les avantages. La constitution de Léon et Anthémios ne nous dit pas comment la difficulté sera tranchée. Faut-il réputer la convention non écrite ou appliquer à la donation ce qui a été dit pour le gain de la dot? Cette difficulté a été résolue par Justinien qui n'a pris aucun des deux partis que nous venons de signaler. La constitution 20, C. 5-3, décide que l'égalité sera obtenue par un abaissement de la plus forte quotité au niveau de la plus faible, « *ut eo modo uterque minorem* » « *partem lucretur* ». C'est ce que répète la novelle 22, ch. XX, pr. : « *nobis placuit ad minus pertrahere quod in* » « *pacto plus est.* »

On sait que Justinien abolit le gain de la dot (L. *unic.*, 36, C., *de rei ux. act.*, 5-13) et qu'il fallut alors des pactes exprès, pour que le mari pût se l'approprier définitivement au cas de prédécès de la femme. Il est naturel de penser que tout cela fut appliqué à la donation pour cause

de nocces, *mutatis mutandis*, et telle est, en effet, la disposition que nous trouvons consacrée par Léon le philosophe (Nov. Léon, 20).

Cette législation sur les gains de survie prend comme base l'idée d'égalité à réaliser entre les époux au point de vue des avantages nuptiaux. C'est ainsi que les lois tendaient de plus en plus, depuis l'établissement du christianisme, à donner à la femme l'égalité civile, égalité que les mœurs lui avaient d'ailleurs toujours accordée, comme le fait observer M. Gide.

Justinien qui exagéra la mesure des protections dont il entourait la femme mariée, devait apporter le même esprit dans la réglementation de notre matière et pousser dans ses dernières limites l'idée d'égalité. C'est ainsi qu'il substitua l'égalité proportionnelle à l'égalité de valeur (L. 20, C., 5-14. et Nov. 22, chap. XX). Nous avons précédemment indiqué quel inconvénient pouvait produire la constitution des empereurs Léon et Anthémios. On peut ajouter à cela que la dot et la donation pouvaient avoir été constituées, dès le principe, avec une différence très forte, qui se reproduisait dans les quotités assignées comme gains de survie. L'innovation de Justinien fit disparaître ces deux défauts.

Cette innovation n'est cependant pas à l'abri de toute critique, et elle porte en elle le défaut de sa qualité. Une égalité excessive devient injuste et oppressive, car il n'est pas équitable d'établir un même chiffre, au point de vue des avantages mutuels qui peuvent être stipulés, entre deux personnes de fortune différente.

Pour obvier à cet inconvénient, il fallait l'égalité même des apports faits par chaque époux, Justinien n'hésita pas à la rendre obligatoire, et dans la nov. 97, chap. I, il décida que les apports devaient être égaux. Mais une telle exigence n'était pas conforme aux besoins de la pratique et cette nov. 97 était, depuis longtemps déjà tombée en désuétude, quand Léon le Philosophe l'abrogea (nov. Léon, 20).

Dans cette même nouvelle 97, Justinien a encore laissé indécises deux questions, dont les commentateurs ne se sont pas préoccupés, parce que l'esprit général des innovations de Justinien suffit à les résoudre. Ces deux questions sont les suivantes :

Que décider si la femme apporte une dot avec gain de survie pour le mari, alors que celui-ci ne fait pas de donation anté-nuptiale ?

De même quelle solution donner à l'hypothèse inverse, c'est-à-dire lorsque le mari a fait donation à une femme sans dot, ou qui, sur la dot, n'a pas affecté un gain de survie au mari ?

Nous nous sommes déjà posé ces questions au commencement de ce chapitre, et nous y avons répondu en nous plaçant dans le droit antérieur à Justinien. Mais sous Justinien et depuis l'année 530, comme la dot, même adventice, n'est plus acquise de plein droit au mari survivant, ces questions doivent être résolues différemment. Nous pensons qu'il n'y aurait gain de survie pour aucun des époux. Il faut, en effet, tenir compte des deux idées suivantes : d'une part, les gains de survie

doivent faire l'objet d'une stipulation expresse; de l'autre, la réciprocité entre époux doit exister, au point de vue des avantages attachés à la survie. Si donc nous supposons que le mari a fait une *donatio propter nuptias* et que la femme n'ait pas apporté de dot ou en ait apporté une sans stipuler de gain de survie en faveur du mari, nous ne pouvons suppléer sur ce dernier point à la volonté des parties. De plus, comme dans ce cas, l'égalité est rompue, on doit décider qu'il n'y a de gain de survie en faveur d'aucun des époux. La dot ou la donation n'offre plus alors le caractère de gain de survie et sert uniquement à subvenir aux charges du mariage.

Nous avons supposé, en général, dans les explications qui précèdent, que le mariage se dissolvait par la mort de l'un des époux. Au cas où il y avait divorce, prononcé par la faute de la femme, celle-ci perdait sa dot et la donation, et de plus elle ne pouvait se marier pendant cinq ans. Cette disposition, disent Théodose et Valentinien, est très équitable, puisque la femme s'est montrée indigne du mariage (L. 8, § 4, C. 5-17). Était-elle, au contraire, exempte de toute faute, elle recouvrait sa dot, gagnait la donation, et pouvait se remarier après un an. Les paragraphes 5 et 7 de la même loi se rattachent à cet ordre d'idées; s'il y a des enfants nés du mariage que le divorce a dissous, l'époux devait leur conserver le gain qu'il avait pu réaliser et ne pouvait aliéner ou hypothéquer les biens compris dans la libéralité.

Il nous reste à voir ce que devient la *donatio propter nuptias* dans le cas de second mariage.

Les empereurs chrétiens, touchés de la situation faite aux enfants par les secondes noccs, entourèrent celles-ci de prohibitions, rompant ainsi avec la législation antérieure qui les avait encouragées. Théodose 1^{er}, en 382, dans la constitution *femine quæ* (L. 3, C. 5-9), ordonna que les veuves conservassent à leurs enfants du premier mari les biens qu'elles tenaient de celui-ci. En 444, cette disposition fut étendue aux hommes veuf, par la constitution *Generaliter*, de Théodose II et de Valentinien III (L. 5, C. 5-9). Plus tard, en 469, la constitution *Hæc edictali lege* (L. 6, C. 5-9), de Léon et Anthemius, limita à une part d'enfant le moins prenant ce que l'époux remarié pourrait donner à son nouvel époux.

Ce sont les constitutions *Femine quæ* et *Generaliter* qui nous intéressent particulièrement. D'après la première, la veuve remariée dut garder intégralement, à tous les enfants du premier lit ou à celui d'entre eux qu'elle choisirait, les biens reçus de son premier mari par dons de fiançailles, donations à cause de noccs, ou à cause de mort, etc. L'obligation s'appliquait à tous les gains de survie de la femme. Toutefois, si la veuve ne pouvait aliéner ces biens sans être tenue d'une indemnité envers ses enfants, elle en gardait au moins l'usufruit (L. 3, C. 5-9).

La constitution *generaliter* étendit ces dispositions aux veufs. De plus, elle dispensa les enfants d'être héritiers du prémourant pour jouir du bénéfice qu'elle leur accordait, il leur suffit d'être héritiers du survivant.

Justinien, dans ses nouvelles, changea toutes ces dispo-

sitions. La novelle 2, chapitre I^{er}, enleva au survivant remarié le droit de choisir, parmi les enfants du premier lit, celui qui bénéficierait des biens réservés, et la novelle 22, chapitre XXV, établit une complète égalité entre tous.

Il ne fut d'abord nécessaire de leur conserver les gains nuptiaux que si le mariage était dissous par la mort. Justinien étendit cette prescription au cas de dissolution par le divorce, même intervenu *bonâ gratiâ* (L. 9, C., 5-9). Cette extension fut confirmée par la novelle 22, chapitre XXX.

Un autre changement fut apporté par Justinien. Aux termes de la constitution *Generaliter*, il suffisait que les enfants fussent héritiers d'un seul de leurs auteurs pour recueillir les gains nuptiaux du premier mariage, la novelle 22, chapitre XXVI, n^o 1, n'exigea même plus qu'ils le fussent d'un seul.

Tout au moins faut-il que des enfants issus du premier mariage existent au moment où se contracte la seconde union. S'ils sont morts en laissant des descendants, ceux-ci profiteront des gains de survie dont l'époux remarié ne pourra rien recueillir. Au contraire, s'il n'y a pas de descendants, cet époux prendra la part qui aurait été convenue entre lui et le donateur pour le cas d'*orbitas* (L. 8, pr., et L. 11, C., 5-9).

On désignait cette convention sous le nom de *pactum non existentium liberorum* (nov. 2, chap. II ; nov. 22, chap. XXVI, pr.). Elle devint très fréquente lorsque Justinien eut décidé (nov. 98, chap. I) que l'époux sur-

vivant, même non remarié, n'avait que l'usufruit des gains nuptiaux, la nue-propriété passant, dès le moment du décès du donateur, à ses enfants qui la transmettaient à leurs héritiers quels qu'ils fussent.

D'ailleurs, il faut noter que toute la législation sur les secondes noces présente dans le droit du Bas-Empire la plus grande confusion. Ainsi, avant la disposition que nous venons de rapporter, Justinien avait d'abord décidé (L. 8, § 2, C. 5-9) que l'époux non remarié pourrait écarter ses enfants de la succession aux gains nuptiaux, par une disposition testamentaire générale. Plus tard, la nouvelle 22, chapitre II, § 2, décida que les enfants seraient toujours exclusivement appelés à recueillir ces biens, à moins que l'époux n'en ait expressément disposé en faveur d'étrangers.

On voit là les hésitations d'un législateur, qui cherche à concilier les intérêts d'un époux et ceux des enfants que la possibilité d'un second mariage peut gravement compromettre. Justinien avait cru trouver la solution équitable dans la nouvelle 98, ch. I^{er}, en donnant seulement à l'époux survivant un droit d'usufruit. Cette disposition offrait, en effet, un certain caractère de justice, mais elle avait l'inconvénient de ne pas faire de distinction entre le survivant remarié ou non remarié. Aussi, corrigeant ce que la parité de situation pouvait avoir de choquant, Justinien, dans la nov. 127, ch. III, donna à l'époux non remarié une part de gains nuptiaux égale à celle de chacun de ses enfants.

Observons, enfin, que la nov. 22, ch. XXXII, avait

abrogé une constitution de 392, où les empereurs Valentinien II, Théodose I^{er} et Arcadius enlevaient au conjoint binube l'usufruit que le prémourant lui avait donné. Cependant, on doit encore s'en tenir aux termes de cette constitution, lorsque le donateur a stipulé que l'usufruit ferait retour à la nue-propriété, en cas de secondes noces.

Nous n'avons pas à insister sur la constitution *Hâc edictali*, dont nous avons fait connaître le but, car elle n'a pas spécialement trait à notre matière. Remarquons seulement, que l'époux veuf avec enfants, qui se remarie, ne peut disposer au profit de son nouveau conjoint, ni par donation à cause de noces, ni par toute autre libéralité, des biens auxquels ne s'appliquait pas la loi *Femine quæ*. Justinien dans la nouvelle 22, ch. XXI, défendit que l'époux remarié pût diminuer la dot ou la donation à cause de noces, sous prétexte qu'elle dépasserait le taux de la constitution *Hâc edictali*.

Il résulte de ce qui vient d'être dit sur les secondes noces, que la femme cesse alors d'avoir droit à la *donatio propter nuptias*. Voyons quelle peut être, d'autre part, l'influence des lois décimaires et de l'édit de *alterutro* au point de vue de l'acquisition de la donation anté-nuptiale.

On donne le nom de décimaires aux lois Julia et Papia Poppœa (762 *ab urbe cond.*), en ce qui concerne leurs dispositions applicables aux époux. Il ne pouvait être question entre ceux-ci de la peine du célibat, mais seulement de celle de l'*orbitas*, or, il y avait ici une aggravation dans les

rapports des époux. Ainsi tandis que des étrangers mariés, et sans enfants, pouvaient recevoir par testament la moitié de la libéralité qui leur était adressée, les époux *orbi* ne pouvaient recevoir l'un de l'autre qu'un dixième, plus l'usufruit du tiers des biens dont ils étaient ainsi privés, (Ulpien, reg., tit. XV, pr., et § *præter*).

Si les gains de survie sont, en général, atteints par ces lois, nous croyons que la *donatio propter nuptias* y échappa toujours. En effet, avant que cette libéralité eût été organisée par les empereurs, comme elle était, en principe, indépendante de la survie, elle était soustraite à l'empire des lois décimaires. A partir des *juniores principes*, elle s'acquiert comme la dot, et cette dernière, lorsqu'elle était recueillie par le mari, était soumise aux lois Papiennes. Mais ces lois étaient sur leur déclin, lorsque la donation pour cause de noces devint une véritable institution, car elles sont complètement abolies par Honorius et Théodose II, en l'année 410 après J.-C. (L. 2, C., 8-58).

Quant à l'édit *de alterutro*, il obligeait la femme à choisir entre son action *rei uxoriæ* pour le recouvrement de sa dot et les libéralités testamentaires que le mari avait pu lui faire. On paraît même admettre, que cette défense du cumul frappait les donations à cause de mort et les donations entre-vifs, confirmées depuis Caracalla. Mais les donations à cause de noces se séparent trop nettement des libéralités sus-indiquées pour que l'on puisse leur appliquer l'extension. Dans le dernier état du droit, après la fusion des actions *rei uxoriæ* et *ex stipulatu*, opé-

rée par Justinien, l'édit *de alterutro* perd toute sa force et le cumul est admis.

Nous avons ainsi déterminé dans quels cas la femme aura droit à la *donatio propter nuptias*, dans quels cas elle ne jouira pas de ce bénéfice. Voyons maintenant à l'aide de quels procédés elle pourra obtenir cette libéralité.

A l'origine, la femme survivante la réclamait par l'action *rei uxoriæ*. Après la constitution célèbre de *rei uxoriæ in actione ex stipulatu transfusâ* (5-13), elle le fit par l'action *ex stipulatu*. Voilà donc un trait de ressemblance qui rapproche encore la dot et la *donatio ante nuptias*, puisque la même action fait obtenir l'une et l'autre. L'analogie se poursuit encore à ce point de vue : ainsi dans les cas où les constitutions impériales accordèrent à la femme la *rei vindicatio utilis* pour recouvrer sa dot, la même action lui fut accordée pour se faire mettre en possession de la donation (L. 30, C., 5-12. — Nov. 97, ch. VI). C'était la conséquence de la réunion et de la confusion des deux valeurs.

Si la mari est survivant, comme la donation n'est pas, en principe, sortie de ses mains puisqu'il en a l'administration, il n'a pas besoin d'action pour la conserver, son droit de rétention le garantit entièrement.

Après avoir suivi, en quelque sorte, pas à pas l'origine et le développement de la *donatio propter nuptias*, il nous sera facile de mettre en relief le but de cette institution. C'est par là que nous terminerons cette étude.

CHAPITRE III

BUT DE LA DONATIO PROPTER NUPTIAS.

Il faut assimiler jusqu'au bout la dot et la *donatio propter nuptias*, et dire que l'une et l'autre ont pour but de permettre aux époux de supporter les charges du mariage. On ne peut reprocher à notre système d'être construit a priori, car nous avons pris soin d'en faire la démonstration par tout ce qui précède. Il serait bizarre, en effet que deux institutions soumises aux mêmes règles, au point de vue de leur régime juridique, ainsi que cela a été établi dans le chapitre précédent, ne procédassent pas de la même idée pour tendre au même but. Cette identité de but, on la trouve, d'autre part, dans les deux considérations suivantes : 1° dans la loi 20, C., 5-3, Justinien qualifie la *donatio propter nuptias*, de *antipher-na*, contre-dot, parce que l'une et l'autre sont destinées à jouer le même rôle dans la société conjugale ; 2° nous avons vu que la déconfiture du mari permet à la femme de se faire délivrer la *donatio propter nuptias*, mais elle doit en employer les revenus aux besoins du ménage. Il est clair que la destination de cette libéralité ne saurait changer, suivant qu'elle est entre les mains de la femme ou du mari. La femme ne fait, dans notre hypothèse, que

prendre en main des intérêts, auxquels le mari est démontré incapable de veiller. Par conséquent, lorsque la donation est soumise à l'administration du mari, elle est affectée à la satisfaction des besoins créés par le mariage.

Le système, auquel nous nous attachons sur le but de la donation à cause de noces, est celui qui a été développé par Lœhr (*archiv. für die civil. praxis*, t. XV, p. 431 et t. XVI, p. 1). Il est généralement suivi par les interprètes modernes et particulièrement il a obtenu le suffrage de MM. d'Hauthuille (*loc. cit.*), de Salvandy (*loc. cit.*) et Boissonade (*loc. cit.* pag. 60).

Bien d'autres opinions ont été émises sur le but de cette institution, depuis Doneau (Liv. 14, ch. 9) qui n'y voyait qu'une compensation de la dot, système qui est détruit par ce simple fait que la femme peut recueillir la dot et la donation.

Certains ont dit que cette dernière avait pour objet d'entretenir la famille pendant le mariage, si le mari devenait insolvable, mais ce serait prêter un but étroit à une libéralité qui paraît avoir été organisée sous l'empire d'une idée essentiellement pratique et générale.

Pour d'autres, la donation à cause de noces constituerait une simple menace pour le mari, s'il venait à répudier légèrement sa femme. C'est encore là une erreur. La constitution 12, § 2, C., *qui potiores*, 8-18, loin de montrer cette institution comme ayant pour but d'éviter un préjudice, idée qui inspire les deux dernières opinions, la représente comme un gain pouvant être réalisé.

Restent enfin deux autres opinions qui méritent de nous arrêter davantage.

D'après l'une, la libéralité, qui nous occupe, aurait eu pour but d'assurer à la femme la restitution de sa dot, et en même temps de pourvoir à la subsistance de la famille pendant le mariage. La dot serait garantie par l'action en revendication donnée à la femme, pour se faire attribuer la *donatio propter nuptias*, lorsque la dot a été dissipée par suite des désordres du mari (L. 29, C., *de jure dotium*, 5-12). Quant à la subsistance des époux, elle se trouve assurée par l'inaliénabilité de la donation, et par le droit qui appartient à la femme d'en obtenir l'administration, si le mari tombe en déconfiture.

Cette opinion a été défendue par Perezius (*loc. cit.*, n° 1)... : « *exemplo dotis, in cujus securitatem hæc donatio constituitur* », et aussi par Vinnius qui s'exprime ainsi : « *Deinde, nec revera ex hac donatione dominium rei donatæ transit in uxorem, sed alia jura consequitur, veluti jus specialis hypothecæ, nam res donatæ propter nuptias pro securitate dotis mulieri speciatim obligatæ esse intelliguntur. Et hic præcipuus hujus donationis finis est, ut dos mulieri sit cautior : unde recte D. Wesemb notat res sic donatas potius hypothecæ subjici videri, quam vere alienari.* » Enfin, cette manière de voir a été admise par M. Laboulaye dans son ouvrage sur la condition civile des femmes (p. 44-47).

Cette opinion doit être rejetée, parce qu'elle ferait de la *donatio ante nuptias* un pacte accessoire à la constitution de dot, dont l'utilité se manifesterait seulement dans le cas de déconfiture du mari. Cette idée correspond assez mal avec

l'importance que les lois du Bas-Empire attachent à cette institution, toutes les fois qu'il est question de la dot. Elle est de plus inconciliable avec les textes. La loi 12 § 2, C., *qui potiores*, déjà citée, refuse en effet, à la donation, l'hypothèque qui sert à garantir la dot. Si la loi a cru bon de s'expliquer sur ce point, c'est que l'on aurait pu songer à attacher une hypothèque à la *donatio propter nuptias*. Or, la possibilité seule de cette supposition nous montre que celle-ci n'était pas seulement une garantie mais un droit principal, car on ne conçoit pas une garantie entourée d'une garantie. Le texte précité, d'ailleurs, dit expressément que notre donation constitue un gain (*pro lucro*) pour la femme.

Dans une dernière opinion, on prétend que la *donatio propter nuptias* serait uniquement un gain de survie. A ce point de vue seulement, il y aurait analogie entre la dot et la donation. Cette dernière ne pourrait appartenir à la femme, que lorsque le mari pourrait espérer un gain de survie sur la dot. Toute la législation, en cette matière, aurait pour but de régler l'égalité géométrique ou arithmétique entre ces deux gains de survie. Ce système qui se réduit, en somme, à un amendement de celui de Doneau, a été énergiquement défendu par Buchardi et Warkoenig (*archiv für civilistische praxis*, t. 13. p. 1).

Il faut bien reconnaître que la *donatio propter nuptias* eut pour but principal d'égaliser les situations, mais ce ne fut pas le seul. La constitution 9, C. 5-14 (468 ap. J.-C.) nous montre, pour la première fois, la donation à cause de noces comme un gain de survie, or, elle exis-

tait bien avant cette date. Puis la constitution n'établissait qu'une égalité proportionnelle et, quand Justinien exigea une égalité absolue, il ne prescrivit pas que le gain portât sur toute la dot ou sur toute la donation. L'époux survivant ne gagnait donc qu'une partie de l'une ou de l'autre, or, pourquoi la donation *propter nuptias* aurait-elle pu excéder le gain de survie, si elle n'avait été que l'assurance d'un avantage en faveur du survivant? De plus, la novelle 20, de l'empereur Léon, atteste qu'autrefois, (c'est le droit de Justinien qui est ainsi visé) la *donatio propter nuptias* revenait à celui qui l'avait constituée, en l'absence d'enfant ou de pacte contraire. Elle n'impliquait donc pas l'idée d'un gain de survie.

CONCLUSION

En résumé, nous croyons pouvoir nous attacher entièrement, pour préciser la nature, la condition et le but de la *donatio propter nuptias*, à l'expression de Justinien, *antipherna*. Comme la dot, la donation sert à supporter les charges du mariage. Pourquoi cette introduction d'un élément nouveau dans la législation de Rome sur le mariage? Parce que la femme, au moment où la donation à cause de noces s'élève à la hauteur d'une institution, a pris des droits nouveaux dans la famille, et que l'intérêt de celle-ci n'est plus uniquement l'intérêt du père ou du mari. Le mari est bien le propriétaire de la masse commune pendant le mariage, mais des précautions ont été prises pour assurer la restitution de cette masse.

L'introduction de la *donatio propter nuptias* modifia le régime dotal des Romains, car il y eut deux dots formant une masse destinée à subvenir aux charges du ménage, administrée par le mari et distincte de la fortune propre des époux. Ce fut un acheminement vers la communauté de biens entre époux.

Cette institution n'a pas passé avec ses caractères, dans nos anciennes provinces de droit écrit. Peut-être parce qu'elle ne fut pas assez comprise, peut-être aussi parce qu'elle n'était pas complètement formée dans le code

Théodosien qui fut le premier monument du droit romain connu des Gaules.

« L'usage du baiser, que nous avons signalé au cours
« de cette étude, a donné naissance à une institution
« coutumière d'une région de la France. Dans le Poitou,
« l'Aunis, l'Angoumois, nous trouvons un gain de survie
« en faveur de la femme, qui n'est point le douaire, bien
« qu'il s'en approche, et qui porte les noms de oscle, ous-
« cle, osclage. » (Esmein, loc. cit. p. 24 et note 4).

On trouve cependant l'expression de *donatio ante nup-
tias* dans les statuts et la jurisprudence des pays de droit
écrit, et particulièrement dans la coutume de Toulouse
qui établissait en même temps le gain de la dot pour le
mari survivant (*Consuetudines tolosæ, 3 pars, rubrica de
dotibus*. — Coutumier général, t. IV p. 1051).

BIBLIOGRAPHIE

- ALAUZET. — Droit commercial.
- ANSALDE. — *De commercio et mercatura*.
- ASSERET RIVIER. — Eléments de droit international privé.
- ASSER. — Article dans la Revue de droit international et de législation comparée, année 1869, p. 82.
- AUBRY. — Article dans la Revue étrangère et française, année 1836, p. 127 et 165.
- AUBRY ET RAU. — Cours de droit civil Français, 4^e édition.
- BERRIAT-SAINT-PRIX. — Exécutions forcées des jugements.
- BERTAULD. — Questions pratiques et doctrinales du Code Napoléon.
- BOILEUX SUR BOULAY-PATY. — Des faillites.
- BOISTEL. — Précis de droit commercial.
- BOITARD. — Leçons de procédure civile.
- BONCENNE. — Procédure civile.
- BONFILS. — De la compétence des tribunaux français à l'égard des étrangers.
- BOULAY-PATY. — Des faillites.
- BOURNAT. — Article dans la Revue pratique de droit français, année 1838, p. 327.
- CARLE. — La faillite dans le droit international privé, ouvrage traduit de l'italien par M. Dubois.
- CARRÉ. — Procédure civile.
- CHAUVEAU SUR CARRÉ. — Procédure civile.
- COLMET D'ANGE SUR BOITARD. — Procédure civile.
- DE LUCA. — De credito, — De Cambiis.
- DEMANGEAT. — Histoire de la condition civile des étrangers en France.
- DEMANGEAT. Notes sur Fœlix. — Traité de droit international privé, 3^e édition.
- DEMOLOMBE. — Cours de Code Napoléon 4^e édition.

- DESPAGNET. — Précis de droit international privé.
- DUBOIS. — Notes sous divers arrêts dans le Sirey.
- DURANTON. — Cours de droit français suivant le code civil.
- DURIER. — Article dans la Revue pratique de droit français, année 1856 p. 545 et suiv.
- FAUCHILLE. — De l'exécution en France des jugements rendus par les tribunaux mixtes d'Egypte, Journal de droit international privé, année 1880, p. 457.
- FÉRAUD-GIRAUD. — France et Sardaigne.
- FIGE. — Droit international privé, et mémoire sur la faillite selon le droit international privé.
- FŒLIX. — Traité de droit international privé, 3^e édition.
- GLASSON. — Article dans le Journal de droit international privé année 1876, pp. 627-641.
- GOUJET ET MERGER. — Dictionnaire de droit commercial.
- GRENIER. — Traité des Hypothèques, 3^e édition.
- GRIOLET. — Traité de l'autorité de la chose jugée.
- HUMBLET. — Article dans le Journal de droit international privé, année 1883, p. 412 et suiv.
- LABBÉ. — Notes sous divers arrêts dans Sirey.
- LAINNÉ. — Commentaire analytique sur la loi du 8 juin 1838 et sur l'article 516 du code de commerce.
- LAROMBIÈRE. — Théorie et pratique des obligations.
- LAURENT. — Le droit civil international.
- LYON-CAEN ET RENAULT. — Précis de droit commercial.
- MARCADÉ. — Explication théorique et pratique du code civil, 5^e ed.
- MASSÉ. — Le droit commercial dans ses rapports avec le droit des gens et le droit civil.
- MERLIN. — Répertoire universel et raisonné de jurisprudence.
- NACHBAUR. — De la faillite en droit international privé.
- NORSA. — Article dans la Revue de droit international et de législation comparée, 1876-77, p. 627 et suiv.
- NOUGUIER. — Des tribunaux de Commerce.
- ORTELIEB. — Notes dans le Sirey.
- PARDESSUS. — Droit commercial.
- PERSIL. — Régime hypothécaire, 3^e édition.

- L. RENAULT. — Article dans le Journal le droit des 11 et 12 décembre 1880, et dans la Revue critique 1881.
- RENOUARD. — Traité des faillites et banqueroutes.
- RIPPERT. — Article dans la Revue critique de législation, 1877, p. 703 et suiv.
- ROCCO. — Droit civil international.
- SAINT-NEXENT. — Traité des faillites et banqueroutes.
- DE SAVIGNY. — Système du droit romain.
- ALBERT SIMON. — La faillite dans le droit international.
- STÉLIAN. — Thèse pour le doctorat. Paris, 1883. La faillite, étude législat. comp. et de droit intern. pr.
- STRACCA. — de Decoctoribus.
- THALER. — Des faillites en dr. comp. avec une étude sur le règlement des faillites en dr. intern.
- THOMAS. — Etude sur la faillite dans le droit international privé.
- VALETTE. — Article dans la Revue de droit français et étranger, 1849, p. 597. Mélanges de droit et de législation.
- de VAREILLES-SOMMIÈRES. — L'hypothèque judiciaire.
- VINCENS. — Législation commerciale.
- WEISS. — Traité de droit international privé.
- WESTLAKE. — Revue de jurisprudence anglaise, Revue de droit international privé et de législation comparée. 1874.
- Recueils.
- DALLOZ. — Répertoire de jurisprudence général et recueil périodique.
- SIREY. — Recueil périodique.
- Journal du Valais. — Recueil périodique.
- Journal de droit international privé de M. Clunet.
- Journal des faillites.
-

DROIT FRANÇAIS

DE L'EFFET EN FRANCE DES JUGEMENTS RENDUS A L'ÉTRANGER **EN MATIÈRE DE FAILLITE**

INTRODUCTION

Par suite du nombre et de la rapidité des moyens de communication et de transport, créés depuis le commencement du siècle, le commerce a acquis un développement considérable. Il n'est plus comme autrefois renfermé, ou à peu près, dans les limites de la province ou de l'Etat, il ne connaît plus de frontières et chaque commerçant va jusque dans les pays les plus reculés porter les produits de sa patrie en échange d'autres produits. Il s'établit ainsi un rapport constant entre des individus habitant les contrées les plus diverses et soumis à des lois différentes. Ce rapport crée nécessairement des conflits de législations, qu'il appartient au droit international privé de résoudre.

Parmi les questions innombrables, qui rentrent dans le domaine du droit international privé, la faillite, tant par son importance et les graves intérêts qu'elle met en jeu que par les difficultés que son application soulève, est certainement l'une de celles qui ont, depuis quelques années, le plus spécialement attiré l'attention des publicistes et des jurisconsultes. De nombreux écrits ont été publiés sur la faillite en droit international, dans lesquels on s'est efforcé de rechercher et de mettre en lumière les vrais principes qui régissent la matière, mais les opinions des auteurs sont très divisées et les décisions des magistrats fort incertaines.

Cette institution était étrangère aux législations antiques et à peu près inconnue de l'ancien droit. Sans doute, on trouve dans les lois de la Grèce des garanties particulières accordées aux créanciers commerçants contre la personne de leur débiteur; sans doute, dans le droit romain qui nous est mieux connu, on trouve également quelques dispositions qui sont l'origine de certains principes fondamentaux de la faillite, mais ce n'était pas là un ensemble de règles formant une institution spéciale.

L'ancien droit, surtout en Italie, nous offre une organisation de la faillite et la plupart de ses dispositions sont entrées dans l'institution moderne. Il s'élevait également des conflits de lois qui engendraient des difficultés analogues à celles que nous rencontrerons. Enfin les anciens auteurs du droit commercial avaient imaginé, pour les résoudre, des solutions que les jurisconsultes modernes leur ont empruntées pour les appliquer aux

conflits de législation. Mais il s'agissait alors de difficultés appartenant au droit privé de chaque nation. Les différents Etats étaient, en effet, divisés en provinces ayant chacune ses lois et ses coutumes particulières. Cette diversité de lois et de coutumes donnaient sans doute naissance à des conflits nombreux, mais la souveraineté étant unique ils ne pouvaient revêtir un caractère international et ils étaient jugés par la compétence reconnue du pouvoir judiciaire d'un même Etat.

La faillite, dans les rapports internationaux, offre un sujet d'étude des plus intéressants, mais qui nécessiterait un ouvrage considérable, et le peu d'étendue de ce travail ne nous permet pas de l'envisager dans son ensemble. Nous nous bornerons à rechercher quels sont, dans l'état actuel de la législation française, les effets que peuvent produire en France les décisions rendues en cette matière par des magistrats étrangers, et à quelles conditions leur exécution est soumise.

On ne peut se fixer sur cette double question qu'en sachant d'abord quels sont les effets qu'ont, en général, en France, les jugements étrangers. C'est ce que nous rechercherons dans un premier chapitre. Puis passant aux décisions qui peuvent intervenir en matière de faillite, nous en trouvons de trois sortes : c'est d'abord le jugement déclaratif, puis le jugement homologatif du concordat, enfin le jugement de réhabilitation. Ces trois sortes de décisions feront l'objet des trois autres chapitres ; enfin dans un cinquième et dernier, nous étudierons les différents traités qui sont intervenus sur ces matières entre la France et les autres nations.

CHAPITRE PREMIER

DE L'EFFET EN FRANCE DES JUGEMENTS ÉTRANGERS EN GÉNÉRAL

§ 1^{er}. — *Jugements ordinaires.*

Une décision rendue par un tribunal étranger ne saurait être exécutée en France, si elle n'a pas été préalablement déclarée exécutoire par un tribunal français. Mais ne produira-t-elle absolument aucun effet, avant l'*exequatur*? Aura-t-elle également besoin de cet *exequatur* pour acquérir l'autorité de la chose jugée ou bien l'aura-t-elle de plein droit? Et quelle sera la mission du juge français? Devra-t-il se contenter d'accorder un simple *pareatis* après vérification des conditions de validité et d'ordre public, ou bien aura-t-il le droit de réviser le fond de l'affaire?

Ces questions importantes ont soulevé parmi les auteurs une controverse des plus vives et ont été résolues en sens divers par de nombreux arrêts.

Système de l'ordonnance. — Dans un premier système, on soutient que l'ordonnance de 1629 est encore en vigueur. L'article 121 de cette ordonnance est ainsi conçu :
« Les jugements rendus, contrats ou obligations reçus es
« royaumes et souverainetés étrangères, pour quelque

« cause que ce soit, n'auront aucune hypothèque ni exécution en nostre dit royaume ; ains tiendront les contrats, lieu de simples promesses ; et nonobstant les jugements, nos sujets contre lesquels ils auront été rendus, pourront de nouveau débattre leurs droits comme entiers par devant nos officiers. »

Il y avait une distinction entre les jugements étrangers rendus contre un Français, et ceux rendus contre un étranger.

Dans le premier cas, le jugement n'avait en France aucun effet, il était non avenu, inexistant. Celui, qui l'avait obtenu, était dans l'obligation de débattre de nouveau son droit devant les juges français, comme si le jugement étranger n'existait pas. Le tribunal français n'avait pas seulement un contrôle à exercer, c'était une nouvelle action qui lui était soumise. Toutes sortes de moyens pouvaient être soulevés devant lui, et il devait trancher le débat comme si aucun tribunal ne l'avait déjà fait.

Le deuxième cas n'était pas prévu, mais il était d'usage tant en doctrine qu'en jurisprudence, qu'un jugement rendu en dernier ressort à l'étranger, avait *de plano* en France l'autorité de la chose jugée, et qu'il pouvait être exécuté après avoir été muni d'un simple *pareatis* par les tribunaux français. Ceux-ci devaient seulement examiner si ce jugement n'avait rien de contraire à la loi française, ou à l'ordre public français, et s'il constituait un véritable jugement, d'après la loi étrangère.

Cette distinction doit encore, dit-on, s'appliquer au-

jourd'hui. En effet, l'ordonnance de 1629 était le droit commun de la France à la fin de l'ancien régime. Pour qu'il fût permis de rejeter la distinction qu'elle a établie, il faudrait démontrer que le législateur moderne a voulu innover sur ce point, or il est impossible de trouver cette intention dans aucun texte législatif. Les seules dispositions que nous ayons sur ces matières, les articles 2123 du Code civil et 546 du Code de procédure civile, n'ont pas rompu avec l'ancienne tradition. S'ils ne se servent pas exactement des mêmes termes, s'ils ne reproduisent pas formellement la distinction admise sous l'empire de l'ordonnance, il est impossible d'induire tant de la lettre que de l'esprit de ces dispositions, que le législateur moderne ait voulu faire une innovation.

C'est en vain que l'on oppose l'article 1041 du Code de procédure civile, aux termes duquel « toutes lois, coutumes, usages et réglemens relatifs à la procédure civile sont abrogés. » Cette formule ne s'applique évidemment qu'aux lois qui établissent des règles de procédure, or les effets des jugemens ne sont pas régis par ces lois et l'article 1041 ne saurait leur être appliqué.

Ce système est d'ailleurs admis par Malleville et la plupart des anciens commentateurs qui, ayant participé à la confection des lois, étaient mieux que tous autres à même d'en connaître l'esprit. (Valette, *Revue de dr. fr. et étr.*, 1849, t. VI, p. 597. — Malleville, sur les art. 14 et 2123 C. C. — Demangeat, *Cond. des étr.*, 88, et notes sur Fœlix II, p. 82, note a. — Colmet d'Aage, sur Boitard, II, p. 181, note 1. — Griolet, *Chose jugée*, p. 96. —

Dalloz, *Rép. v. droits civils*, n° 419. — Aubry, *Rev. étr. et fr.*, III, p. 115. — Pigeau, *Procédure*, II, p. 179. — Sapey, *Les étr. en Fr.*, p. 226. — *Conf. des avocats*, 18 avril 1874. — Aubry et Rau, t. VIII, § 769 ter. — Ripert, *Revue crit. de lég.*, 1877, p. 705 et s. — Cass. 18 pluviôse an XII, Dev. coll. nouv. I, 1, 929. — Req. rej. 7 janvier 1806, S. 6, 1, 129. — Req. rej., 27 août 1813, S. 13, 1, 226. — Toulouse, 27 déc. 1819, S. 20, 2, 312. — Grenoble, 3 janv. 1829, S. 29, 2, 176. — Paris, 13 mai 1830 Dalloz, *Rép.*, t. XVI, p. 490. — Paris, 7 janvier 1833, S. 33, 2, 145. — Angers, 4 juillet 1869, D. 69, 2, 218. — Montpellier, 17 décembre 1869, S. 70, 2, 75. — Toulouse, 29 janv. 1872, S. 73, 2, 18. — Trib. Seine, 18 août 1883, loi des 20 et 21 août 1883).

Ce premier système doit être repoussé. D'après lui, en effet, l'ordonnance de 1629 serait encore en vigueur, alors qu'elle a été formellement abrogée par les articles 1041 du Code de procédure civile et 7 de la loi du 30 ventôse an XII, ainsi conçus : « Toutes lois, coutumes, usages et « réglemens relatifs à la procédure civile seront abrogés. « — A compter du jour où ces lois (les lois civiles) seront « exécutoires, les lois romaines, les ordonnances, les coutumes générales ou locales, les statuts, les réglemens, « cessent d'avoir force de loi générale ou particulière, dans « les matières qui seront l'objet des dites lois, composant « le présent code. » Il faut bien se résoudre à placer les effets des jugemens dans les matières régies par le Code civil ou par le Code de procédure civile, et dans l'un et l'autre cas, l'abrogation est absolue et générale.

Il n'est d'ailleurs pas bien certain que cette ordonnance de 1629 ait été mise en vigueur à cause de la disgrâce de son auteur, Michel de Marillac, disgrâce qui semble avoir également frappé les actes du chancelier. Il est même probable, qu'elle n'a été qu'une confirmation purement platonique d'un usage beaucoup plus ancien. En tous cas, elle ne s'appliquait pas à toute la France, mais seulement dans le ressort de quelques parlements, qui l'avaient enregistrée. On ne peut donc étendre à la France entière une disposition appliquée seulement dans quelques provinces.

Enfin, admettre cette distinction et placer l'étranger dans un tel état d'infériorité vis-à-vis du Français, c'est prêter au législateur moderne des sentiments d'exclusivisme exagéré qu'il n'avait pas. La loi ne considère, s'il est permis de parler ainsi, que l'extranéité du pouvoir dont le jugement émane, elle ne distingue ni les matières ni les personnes.

Système qui accorde aux jugements étrangers, sans distinction, l'autorité de la chose jugée et qui limite l'intervention du tribunal français à la vérification des conditions de validité et d'ordre public. — On repousse toute distinction ; soit que le jugement étranger frappe un Français, soit qu'il frappe un étranger, il est soumis à la formalité de l'*exequatur*. Mais les magistrats français ne pourront pas réviser le fond de l'affaire qui est définitivement jugée, ils devront simplement rechercher si le jugement étranger n'est pas contraire à la loi et à l'ordre public

français. Enfin, ce jugement aura, en France, l'autorité de la chose jugée.

Il est essentiel, dit-on, de distinguer l'autorité de la chose jugée de la force exécutoire.

L'autorité de la chose jugée appartient aux décisions rendues par des magistrats étrangers. Les articles 2123 du Code civil et 546 du Code de procédure civile ne visent que l'exécution forcée. Ces textes disposent que les jugements étrangers ne peuvent être mis à exécution ni emporter hypothèque judiciaire, s'ils n'ont été préalablement revêtus d'un *exequatur*. C'est qu'en effet, le principe de la souveraineté territoriale s'oppose à ce qu'une décision d'un tribunal étranger puisse être exécutée sur son territoire, sans son autorisation. Mais par cela même que la loi n'exige l'intervention du juge français que pour les actes d'exécution, elle a implicitement décidé que cette intervention n'était pas nécessaire pour leur conférer l'autorité de la chose jugée.

C'est assurément la pensée qui se dégage des textes. L'article 5 du Code d'instruction criminelle, modifié par la loi du 27 juin 1866, décide qu'aucune poursuite ne pourra être exercée contre un individu inculpé d'un crime, si cet individu démontre qu'il a été définitivement jugé à l'étranger. Dans cette disposition, le législateur tient compte des sentences étrangères et leur reconnaît en France l'autorité de la chose jugée; il n'a pu décider autrement dans les autres matières.

Puis c'est la consécration des véritables principes. Il est rationnel que la décision d'un tribunal étranger ne puisse

être mise à exécution en France si elle n'y a pas été rendue exécutoire par les magistrats français. On comprend que les officiers de la force publique française se refusent à exécuter un ordre qui est donné par une autorité étrangère. Il y aurait à cela une atteinte grave portée à la souveraineté française, car toute souveraineté est essentiellement territoriale et voit sa puissance expirer à la frontière. Mais quand il s'agit de l'autorité de la chose jugée, ces considérations n'ont plus aucune valeur. Il n'y a pas à exécuter en France un ordre qui émane d'une autorité étrangère, il n'y a pas à craindre que les droits de la souveraineté française soient violés. Cet effet du jugement étranger est indépendant de l'autorité étrangère, il résulte du quasi-contrat judiciaire qui s'est formé entre les parties, le jour où elles se sont présentées devant le juge. De même que l'on reconnaît en France, plein effet aux conventions ordinaires passées en pays étrangers conformément aux règles instituées en ce pays, de même l'on doit accorder plein effet au contrat judiciaire qui intervient sous l'autorité de la justice.

Quant à la force exécutoire, elle fait défaut aux jugements étrangers, ils ne peuvent être exécutés s'ils ne sont préalablement revêtus de l'*exequatur*. Mais le juge français auquel cet *exequatur* est demandé doit, dit-on, simplement vérifier si le jugement qui lui est présenté est bien un jugement et s'il n'est pas contraire à la loi et à l'ordre public français. Le fond de l'affaire a été jugé définitivement par le magistrat étranger, il ne lui appartient pas d'y revenir.

Voici comment on justifie cette proposition. Il y a d'abord dans le système de la révision une contradiction qui doit le faire repousser. Aucun texte ni du Code civil ni du Code de procédure civile ne donne aux tribunaux français le droit de réviser les jugements étrangers. Les articles 2123 C. C. et 546 Code proc. civ. parlent bien d'*exequatur* à délivrer aux jugements étrangers, mais nulle part il n'est question de réviser le fond de l'affaire. On est par suite forcé, si l'on veut leur donner ce droit, d'avoir recours à l'ordonnance de 1629. Dès lors on invoque l'ordonnance de 1629 pour décider que les tribunaux français ont le droit de révision, en même temps qu'on la rejette, pour repousser la distinction qu'elle fait dans son article 121, comme arbitraire et aujourd'hui contraire aux termes généraux des articles 2123 Code civ. et 546 Code proc. civ. Or l'ordonnance a été abrogée; les textes nouveaux, seuls avec les principes, doivent guider nos pas dans la recherche de la vérité.

Les textes sont les articles précités du Code civil et du Code de procédure civile. Aux termes de ces articles, c'est le jugement étranger muni d'un *exequatur* qui doit être exécuté. Si les juges français ont le droit de réviser le fond de l'affaire, de juger de nouveau la contestation déjà tranchée par un tribunal étranger, ce ne sera pas la décision étrangère, mais celle du tribunal français qui sera exécutée en France. Les prescriptions de la loi sont ainsi violées.

En assimilant, dans l'article 2123 Code civil les jugements étrangers aux sentences arbitrales, le législateur

nous montre toute sa pensée, qui a été de soumettre les unes et les autres aux mêmes formalités. Or un simple *pareatis* suffit pour conférer la force exécutoire aux sentences arbitrales.

De même l'article 546 du Code de procédure civile exige l'*exequatur* pour l'exécution, en France, des actes passés aussi bien que des jugements rendus à l'étranger ; et cependant il n'est jamais venu à l'esprit que les actes passés à l'étranger dussent être révisés. Cette nouvelle assimilation est la preuve que la loi n'accorde pas au juge français un droit de contrôle aussi étendu.

De plus, la révision viendrait souvent à l'encontre du but poursuivi par le législateur, qui a été de protéger nos nationaux. Ce serait au cas où un jugement étranger aurait été rendu au profit d'un Français. Il est aussi des cas où la révision ne pourra avoir lieu, lorsque le jugement que l'on veut exécuter aura été rendu sur une contestation entre étrangers. Car ce serait la violation de la règle admise par la jurisprudence, et aux termes de laquelle les tribunaux français sont incompétents pour juger les litiges entre étrangers. Il faut donc refuser le droit de révision aux tribunaux français, car la loi est générale et ne fait pas de distinction.

La jurisprudence française est connue à l'étranger, et les gouvernements étrangers useront de représailles à l'égard des jugements français, auxquels ils refuseront tout effet.

Enfin si les magistrats français ont le droit de révision, ils sont dans la nécessité de connaître les législations

étrangères, ce qui ne saurait être admis, car ce serait exiger d'eux des connaissances trop étendues.

Et quels dangers pour les plaideurs en même temps que pour la bonne administration de la justice ! Le système de la révision ouvre une large porte à la fraude. Le débiteur de mauvaise foi, condamné dans son pays, n'a qu'à passer la frontière pour se soustraire à la condamnation. Le créancier suit-il en France, il doit faire un nouveau procès, ainsi distrait de ses juges naturels et exposé à voir sa réclamation repoussée par un tribunal qui ne sera pas à même d'apprécier sainement son droit. (Marcadé, sur l'art. 15. — Boitard, Procédure 11, n° 801. — Pont, *Hyp.* 585. — Labbé, note dans Sirey, 63, 1, 61. — Bertauld, *Questions pratiques*, n° 155 bis. — De Va-reilles-Sommières, *Hypot. judic.*, p. 131. — Bournat, *Revue prat.*, 1858, p. 327. — Bonfils, *de la compétence des tribunaux fr. à l'égard des étr.* — Massé, *Droit commercial*, n° 800. — Soloman, *Cond. des étr.*, p. 380. — Du-bois sur Carle, *Faillite dans le Dr. intern.*, note 92, et notes dans Sirey. 79, 164 et 261. — Dragoumis, *Cond. civ. des étr. en Fr.*, p. 147. — Duvergier sur Toullier, p. 77. — Bioche, v° Exécution, § 4, art. 3. — Rivière, *Jurisp. de la Cour de cass.*, p. 142. — Pinheiro Ferreira et Vergé sur Martens, 1, 269, 70. — Jourdan, *Le Droit franç.*, p. 545. — Req rej. 27 août 1812 ; S. 13, 1, 226. — Trib. de la Seine, 19 août 1815 ; S. 16, 2, 369. — Paris 13 mai 1830 ; D. r. XVI, p. 490. — Paris, 7 janv. 1833 ; S. 33, 2, 145. — Paris, 23 fév. 1866 ; S. 66, 2, 300. — 7 août 1866 ; S. 67, 2, 101. — Angers, 4 juillet 1866 ; S. 66, 2, 300.

— Pondichéry, 17 août 1867, Journal 1879, p. 556. — Paris, 2 mars 1868; S. 68, 2, 312. — Trib. Seine, 28 décembre 1868; S. 69, 2, 144. — Montpellier, 17 déc. 1869; S. 70, 2, 75. — Trib. Seine, 2 juill. 1871; Le Droit des 11 et 12 octobre. — Versailles, 8 mai 1877, Journal, 1877, p. 424, v^o jugement étrang. — Trib. Seine, 1 avril 1879, journal 1881, v^o jug. étr. p. 156. — Trib. Seine, 10 mars 1880, Journal 1880 v^o jug. étr. p. 192).

Système qui refuse sans distinction aux jugements étrangers l'autorité de la chose jugée et qui admet la révision au fond. — Ce système, qui est celui que nous adoptons, refuse tout effet aux jugements étrangers, tant qu'ils n'ont pas été rendus exécutoires par un tribunal français. Peu importe la nationalité de celui contre lequel le jugement a été prononcé, ce jugement n'a pas l'autorité de la chose jugée, et le tribunal français auquel l'exequatur est demandé doit réviser l'affaire au fond. Il devra refuser l'exequatur, d'une part, toutes les fois que la sentence étrangère est contraire aux principes de l'ordre public français, d'autre part, quand de l'examen de la cause il ressortira que cette sentence a violé l'équité et a fait une mauvaise application des lois du pays où elle a été rendue.

Les raisons invoquées à l'appui du système que nous venons d'exposer, ne sont pas sans valeur, mais elles ne résistent pas à un examen sérieux.

Et d'abord l'argument que l'on tire des articles 2123 C. C. et 546 du Code proc. c., repose sur une interprétation trop étroite de ces textes. Il est inexact de prétendre que le législateur a entendu, par le mot *exécution*,

désigner seulement les actes de coercition matérielle, nécessaires pour exécuter le jugement, sans se préoccuper de l'autorité de la chose jugée. Cette distinction, plus doctrinale que pratique, entre l'autorité de la chose jugée et l'exécution proprement dite, n'a pas été faite par les rédacteurs du code civil; ils se sont placés à un point de vue plus général. Et si l'on va au fond des choses, il est facile de se convaincre que cette interprétation, non-seulement fausse l'esprit de la loi, mais encore conduit à des conséquences qui sont contraires à l'équité. Si, en effet, on ne considère que le résultat pratique, on arrive à ceci, que reconnaître aux jugements étrangers l'autorité de la chose jugée, c'est leur donner une véritable force d'exécution. C'est permettre au débiteur absous par décision d'un tribunal étranger d'invoquer *de plano* en France, cette décision comme titre libératoire, c'est lui permettre d'opposer *de plano* en compensation de sa dette une créance affirmée et consacrée par une sentence étrangère. Or quelle différence y a-t-il, au point de vue du résultat définitif, entre un débiteur qui repousse les réclamations de son créancier, en faisant résulter sa libération d'un jugement étranger, et le créancier qui demande le paiement de ce qui lui est dû, en vertu d'un jugement également étranger? Tous les deux réclament l'exécution d'un jugement étranger. Quelle différence entre un défendeur qui repousse l'action en revendication par une décision rendue à l'étranger et le demandeur qui réclame la propriété d'un bien en vertu d'une décision semblable? Enfin opposer l'exception de

compensation c'est réclamer le paiement de ce qui est dû, la compensation est un véritable paiement. Pourquoi autoriser le bénéficiaire d'un jugement étranger à se prévaloir de la compensation, alors qu'il ne pourrait, sans un *exequatur*, obtenir le paiement de sa créance résultant du même jugement.

L'argument tiré de l'article 5 du Code d'instruction criminelle est encore moins fondé. Le Français qui a commis un crime ou un délit en pays étranger et qui a été définitivement jugé par un magistrat de ce pays, ne peut plus être, à la vérité, recherché en France pour le même fait. Mais c'est là une disposition exceptionnelle, dont l'application est restreinte à cette seule hypothèse, et la raison qui l'a inspirée, est que le coupable a été jugé par l'autorité la plus directement intéressée à la répression du fait criminel.

Rien de semblable en matière civile ; nul doute que toute question définitivement jugée par un tribunal français ne puisse faire l'objet d'un nouveau débat devant un autre tribunal français. Mais s'il en est ainsi, c'est que le législateur en édictant les dispositions de l'article 1351, Code civil, savait quelle serait l'organisation judiciaire dont il allait doter le pays. Il connaissait l'intégrité et la valeur intellectuelle des magistrats auxquels il confiait la mission d'interpréter ces lois, il savait également quelles étaient les garanties que ces lois offraient. Il est rationnel qu'il ait attaché une présomption de vérité aux décisions de ces magistrats.

Les jugements étrangers ne sont pas dans les mêmes conditions. Le législateur français ne connaissait pas les

différentes législations des autres souverainetés, il ignorait les garanties que pouvait offrir l'organisation judiciaire des pays étrangers. Il est déraisonnable d'admettre qu'il ait accordé aux décisions de ces tribunaux la même valeur que celle qu'il accorde aux décisions des magistrats qu'il avait lui-même institués, alors surtout qu'il n'avait pas ici les raisons d'un ordre supérieur qui, en matière criminelle, lui en imposaient l'obligation.

Les principes ne justifient pas davantage cette valeur accordée aux jugements étrangers. Si l'exécution forcée nécessite une intervention de la souveraineté, dit-on, il n'en saurait être ainsi de l'autorité de la chose jugée. Celle-ci, en effet, n'est que le résultat du quasi-contrat judiciaire intervenu entre les parties, le jour où elles ont plaidé, et aux termes duquel elles sont censées avoir convenu de tenir la décision à intervenir comme l'expression de la vérité. Or pourquoi refuser à un contrat, ainsi conclu sous l'autorité de la justice, un effet que l'on accorde aux contrats ordinaires ?

Le point de départ de cette argumentation est erroné. Le quasi-contrat judiciaire n'est point une convention libre, semblable aux contrats ordinaires. Le défendeur n'est pas libre de ne pas se présenter, car il encourt la peine du défaut qui aboutit en définitive à un jugement. On ne peut pas prétendre que ce jugement par défaut n'a pas l'autorité de la chose jugée, comme le jugement contradictoire, car ce serait détruire le système en permettant de se soustraire très facilement à ses conséquences. En réalité, s'il y a véritablement un contrat judi-

ciaire, ce n'est point une convention librement consentie entre les parties, mais plutôt imposée par l'autorité publique. Nous avons là, aussi bien que pour l'exécution du jugement, un acte de la souveraineté qui ne peut produire d'effet en France sans l'intervention de l'autorité française.

Ainsi, les décisions rendues à l'étranger n'auront, en France, ni l'autorité de la chose jugée, ni la force exécutoire, tant qu'elles n'auront pas été revêtues de l'*exequatur*. Le tribunal français auquel l'*exequatur* est demandé, doit réviser le fond de l'affaire.

Les prétendus inconvénients de la révision ne sont pas sérieux. Nos magistrats, dit-on, se verront dans la nécessité d'appliquer les lois des pays étrangers. Mais où est l'inconvénient? Est-ce qu'ils n'ont pas à le faire souvent en d'autres circonstances sans que l'on ait jamais songé à s'en plaindre? Et dès lors, ajoute-t-on, ils seront obligés d'étudier ces lois. C'est une erreur; les parties devront démontrer le bien fondé de leurs prétentions. Il leur appartiendra de prouver, que le jugement qui fait l'objet du procès, a bien ou mal appliqué la loi de leur pays, et ils devront produire tous les documents nécessaires à cette preuve. C'est une pure appréciation de fait, pour laquelle nos magistrats ont une capacité et des aptitudes suffisantes.

Les débiteurs de mauvaise foi nous préoccupent encore moins. Si l'on se trouve en face d'un individu offrant quelque solvabilité, il n'est pas admissible qu'il vienne en France précisément pour échapper à la condamnation

et courir le risque de s'en voir décharger par le tribunal qui révisera la sentence.

La contradiction que l'on impute à notre système et qui consisterait à admettre l'ordonnance de 1629 pour justifier la révision et à la repousser en ce qu'elle admet une distinction contraire à la loi nouvelle, n'existe pas. L'ordonnance de 1629 a été abrogée et elle ne peut fournir d'argument en faveur d'aucun système.

Les arguments de textes ne sont pas beaucoup plus solides.

L'article 546 C. proc. ne fait pas d'assimilation entre les actes passés et les jugements rendus à l'étranger. Il se contente de renvoyer aux articles 2123 et 2128 C. C. sans pour cela préjuger en rien l'interprétation de ces deux articles, et il nous laisse parfaitement libres d'admettre la révision dans un cas, et de ne pas l'admettre dans l'autre, si nous avons pour cela des motifs sérieux.

L'assimilation qui serait faite par l'article 2123 C. C. entre les jugements étrangers et les sentences arbitrales françaises n'existe pas davantage. Si pour des raisons de style, le législateur a cru devoir unir les deux paragraphes qui sont relatifs aux jugements étrangers et aux sentences arbitrales par le mot *pareillement*, il prend soin de nous démontrer, dans ce même article, qu'il ne les a pas soumis aux mêmes formalités. Les sentences arbitrales sont, en effet, rendues exécutoires par une simple ordonnance du président du tribunal, alors que l'intervention du tribunal entier est nécessaire pour donner au jugement étranger la force exécutoire.

Quant au reproche que l'on fait à notre système, à savoir que la révision ne peut s'appliquer au cas où le jugement est rendu entre étrangers, parce que nos tribunaux sont incompétents pour trancher un pareil litige, il n'est pas fondé. La jurisprudence a en effet admis cette incompétence, mais nous estimons qu'elle commet là une erreur, et nous ne nous considérons pas comme solidaires des doctrines, en d'autres matières, de ceux dont, sur notre sujet, nous partageons l'avis.

On reproche également au système de la révision de contrevenir au vœu de la loi, qui est de protéger les nationaux, lorsque le jugement est rendu au profit d'un Français. Mais rien ne prouve que tel ait été le but du législateur lorsqu'il a rédigé les articles 2123 C. C. et 546, C. proc. c. C'était bien l'esprit de l'ancienne législation, mais nos adversaires sont d'accord avec nous pour admettre que les lois modernes ont été inspirées par d'autres sentiments. Et en quoi la protection leur fera-t-elle défaut? Est-ce que les magistrats de leur pays ne sont pas aussi dignes de leur confiance que les magistrats étrangers?

Si nous prenons en considération les circonstances et les événements au milieu desquels les Codes civil et de procédure civile ont été confectionnés, nous verrons, à n'en plus douter, quel est l'esprit de la loi. On n'en était plus à ce moment aux conceptions chimériques de la Constituante, on avait vu comment l'étranger avait accueilli des idées libérales, et combien sa générosité avait été mal payée de retour. La France se trouvait à cette époque en lutte

presque continuelle avec les autres nations de l'Europe, et cela n'était pas fait pour inspirer à nos législateurs de la confiance dans l'impartialité d'une magistrature étrangère, et pour dire plus vrai d'une magistrature ennemie. Il faut également considérer que celui qui présidait à la rédaction de ces lois, avait des idées trop dominatrices et trop exclusives, qu'il était trop attaché aux prérogatives de la souveraineté, pour que l'on puisse supposer qu'il ait admis cette égalité presque complète entre les jugements étrangers et les jugements français. Que depuis lors, les choses se soient modifiées, que les vieilles haines et rivalités nationales se soient sinon complètement éteintes, du moins un peu apaisées, que les idées se soient élargies, cela peut être, mais qu'importe ! Il ne faut pas oublier que le rôle des jurisconsultes et des tribunaux est limité à l'interprétation des lois existantes. Ils doivent dès lors, rechercher quelle a été la pensée de ceux qui ont rédigé ces lois ; il doivent rechercher ce qui est et non pas ce qui devrait être.

L'intervention du tribunal entier est nécessaire, avons-nous dit, pour rendre exécutoire un jugement étranger, c'est là que se révèle la pensée de la loi. Ce n'est plus un simple *pareatis*, une ordonnance du président du tribunal, qui est exigé comme pour les sentences arbitrales, mais bien un jugement émané du tribunal entier. Soutiendra-t-on que ce jugement doit être rendu sans connaissance de cause ? Est-ce qu'il n'y a d'intéressant pour le juge français que les questions qui touchent à la validité et à l'ordre public ? La mission, que la loi lui confie, est plus

élevée, il a le devoir de rechercher si la sentence dont l'exequatur est demandé, est conforme ou contraire à la justice et à l'équité. Or, il ne peut remplir dignement cette mission qu'en s'entourant de tous les moyens propres à éclairer sa conscience, et l'examen du fond du débat est certainement le meilleur.

Prétendra-t-on justifier cette intervention du tribunal entier par l'importance et les difficultés des questions, susceptibles de naître sur les conditions que tout le monde exige pour l'exécution des jugements étrangers? Si le législateur eût voulu restreindre le pouvoir des tribunaux, il eût certainement indiqué les limites dans lesquelles il le renfermait. On ne saurait admettre qu'il leur ait laissé le soin de se guider eux-mêmes au milieu des difficultés sans nombre que présente la matière, sans leur tracer aucune règle précise, laissant ainsi une large place à l'arbitraire. Si le législateur n'a pas fixé de limites, aux pouvoirs des tribunaux français, c'est qu'il leur a donné un droit de contrôle absolu sur les décisions étrangères.

Mais alors ce n'est plus le jugement étranger qui sera exécuté, c'est un jugement français. Voilà où est l'erreur, nous prétendons que c'est bien le jugement étranger qui sera mis à exécution si l'exequatur est accordé.

Pour le montrer, nous ne dirons pas, comme le font quelques-uns, que le tribunal français est constitué en quelque sorte juge d'appel, et que de même que c'est bien le jugement confirmé qui est mis à exécution, ainsi qu'il résulte de la formule même de confirmation et de

l'article 472 Code proc. civ., qui donne au tribunal, auteur du jugement confirmé, compétence quant à l'exécution, de même, c'est le jugement étranger qui sera exécuté après sa confirmation par un tribunal français. A notre avis, l'assimilation prétendue est de pure imagination, et rien ne l'autorise. Il est inadmissible que notre législateur ait eu dans la pensée cet appel bizarre des tribunaux étrangers aux tribunaux français.

Nous ne dirons pas davantage que l'on doive, comme le disaient nos anciens auteurs, venir par *nouvelle action* quant à l'objet du jugement étranger. Ce n'est plus le fond de l'affaire qui formera l'objet du débat, ce n'est pas la question même qu'a résolue le juge étranger qui sera posée au juge français. Le procès reste une demande en exequatur. Toutes conclusions nouvelles doivent être nécessairement écartées, parce qu'elles seraient étrangères au procès, de même qu'il ne peut intervenir de condamnations nouvelles. Seulement, comme un tribunal français ne saurait permettre l'exécution d'une sentence inique, quoique régulière en la forme, il devra accueillir tous les moyens, même de fond, qui seront présentés en faveur de l'exequatur ou en sens inverse. S'il constate dans cette sentence un mal jugé, il doit refuser l'exequatur pour le tout, sauf à la partie intéressée à venir par action nouvelle devant le tribunal français, et à solliciter de lui un jugement français. Mais si elle est approuvée après révision, c'est bien elle qui recevra exécution, et non le jugement qui la déclare exécutoire. En un mot, le juge français doit donner ou refuser son

approbation à la décision, telle qu'elle est, sans qu'il lui soit permis de la réformer ni de la modifier.

Enfin une dernière objection consiste à dire que notre jurisprudence est connue à l'étranger, et que si nos tribunaux refusent tout effet aux jugements étrangers, s'ils s'arrogent le droit de les réviser, les magistrats des autres nations en useront de même à l'égard des décisions françaises. Ceci est vrai, mais est-il bien certain que le remède à cet inconvénient soit de consacrer en aveugles toutes les décisions étrangères? Et le jour où nos tribunaux accorderont l'*exequatur* aux jugements étrangers sans aucune discussion, est-on certain que leurs décisions recevront le même accueil à l'étranger? Le seul moyen pratique vraiment efficace, à notre avis, ce sont les traités. Lorsqu'on aura étudié les lois et l'organisation judiciaire d'un pays, que l'on aura vu si ces lois et cette organisation judiciaire offrent aux justiciables, et plus particulièrement à nos nationaux, des garanties suffisantes, alors on pourra traiter avec ce pays, et accorder l'*exequatur* aux décisions qui y seront rendues, sans les soumettre à la révision. Mais prétendre qu'il n'y a d'autres différence entre un jugement étranger d'où qu'il vienne, et un jugement français, que la formalité d'un simple *pareatis*, c'est violer les termes et l'esprit de la loi. (Merlin, *quest.*, v^o Jugement, § 14, n^o 2. — Toullier, X, 81. — Grenier, *hypoth.* I, 114. — Troplong, *hyp.* II, 451. — Chauveau sur Carré. *Quest.* 1899. — Rauter, Procédure, n^o 157. — Légat, code des étr. — Larombière, art. 1351, n^o 6. — Zachariæ, § 32, notes 3 à 5. — Demolombe, I,

263. — Laurent XX, 4. — Delvincourt, I, p. 32. — Duranton, I, 155. — Boncenne, III, 222. — Persil, Rég. hypoth. art. 2123, n° 16. — Rodière, procédure, III, p. 44. — Taulier, VII, p. 248. — Durier, *Revue prat.* 1856, I, p. 515. — Férand-Giraud, France et Sardaigne, I, p. 318. — Lyon-Caen et Renault, *Précis de droit commercial*, n° 3139. — Moreau, Effets internationaux des jugements en matière civile, p. 112. — Ortelieb, note dans le S. 1878, 2, 129. — Lainé à son cours de droit international privé, professé à la Faculté de droit de Paris. — Humblet, *Journal de dr. int. pr.* 1883, p. 467 et s. — Stelian, thèse de doctorat. La faillite, étude de législ. comp. et de dr. intern. pr., Paris, 1885. V. dans le même sens. Poitiers, 8 prairial an XIII, S. 6, 2, 40. — Rennes, 20 août 1806, S. 15, I, 369. — Paris, 27 août 1816, S. 16, 2, 269. — Civ. rej. 19 avril 1819, S. 19, 1, 288. — Toulouse, 27 déc. 1819, S. 19, 2, 312. — Grenoble, 3 janv. 1829, S. 29, 2, 176. Civ. rej. 28 déc. 1831, S. 32, 1, 627. — Paris, 17 mai 1836, S. 36, 2, 309. — Aix, 8 fév. 1839, S. 39, 2, 307. — Req. rej. 11 janvier 1843, S. 43, 1, 671. — Paris, 22 juin 1843, S. 43, 2, 345. — Douai, 3 janv. 1845, S. 45, 2, 513. — Cass. 24 fév. 1846, S. 46, 1, 474. — Pondichéry, 22 déc. 1846, *Journal*, 1879, p. 555. — Bordeaux, 6 août 1847, S. 48, 2, 153. — Paris, 22 nov. 1851, S. 51, 2, 783. — Cass. 27 déc. 1852, S. 52, 1, 94. — Pondichéry, 17 oct. 1854, *Journal* 1879, p. 555. — Cass. 11 déc. 1860, S. 61, 1, 336. — Douai, 22 déc. 1863, S. 65, 2, 80. — Colmar, 10 fév. 1864, S. 64, 2, 122. — Pondichéry, 3 mai 1864, *Journal* 1879, p. 555. — Paris, 22 avril 1864, S. 65, 2,

60. — Paris, 8 août 1866. S. 67, 2, 101. — Pau, 6 janv. 1868. S. 68, 2, 100. — Chambéry, 12 fév. 1869. S. 69. 29. — Paris, 22 fév. 1869. S. 69, 2 144. — Toulouse, 29 janv. 1872. S. 73, 2, 18. — *Journal* 1874, p. 77, v^o jugement étr. — Pau, 17 janv. 1872. S. 72, 2, 233. — Lyon, 1^{er} juin 1872. S. 72, 2, 174. — Civ. cass. 20 août 1872. S. 72, 1, 327. — Pondichéry, 21 oct. 1872. *Journal* 1879, p. 555. — Req. rej. 16 juin 1875. S. 76, 2, 213. — Nancy, 6 juillet 1877. S. 78, 2, 129. — Nancy, 3 août 1877. S. 78, 2, 17. — Trib. Seine, 15 janv. 1878. — *Journal* 1878, p. 376, v^o jugement étr. — Rennes, 26 déc. 1879. — S. 81, 2, 81. — Bordeaux, 20 août 1879. — *Journal* 1880, p. 584. — Paris, 7 fév. 1880, ibid. — Rouen, 22 avril 1880. *Journal* 1881, p. 59 et 1882, p. 167. — Trib. Boulogne, 10 fév. 1881, *Journal* 1882, p. 81. — Paris, 19 fév. 1881. *Journal* 1881, p. 155. — Cass. 28 mai 1881. *Journal* 1882, p. 170. — Trib. civ. de la Seine, 4 août 1882, J. de dr. int. p. 1883, p. 351. — Et 16 nov. 1883, cod. 1883, p. 621. — Trib. de Versailles, 17 août 1883. — Paris, 19 août 1884, Cod. 1885, p. 87. — Trib. civ. de Tunis, 11 fév. 1885, Code 86, p. 89. — Toulouse, 4 fév. 1886, cod. 86, p. 332).

§ 2. — *Jugements qui statuent sur l'état et la capacité et actes de juridiction gracieuse.*

Il est certaines décisions, certains actes judiciaires, d'une nature spéciale, au sujet desquels sont nées de gra-

ves difficultés qu'il est utile de trancher ici. Nous voulons parler des sentences qui déclarent, ou modifient l'état et la capacité des individus, et des actes de juridiction gracieuse.

a. — *Jugements rendus sur des questions d'état et de capacité.* — Certains auteurs estiment que les jugements de cette catégorie sont affranchis de toute formalité et produisent effet, en France, sans avoir besoin d'être rendus exécutoires.

Ces décisions, dit-on, présentent ce caractère tout particulier, qu'à la différence des jugements ordinaires, elles ne confèrent, par elles-mêmes, aucun droit individuel à celui qui les a provoquées et ne constituent pas titre en sa faveur. Par leur nature et leur objet, elles se confondent, en quelque sorte, avec le statut personnel des individus qu'elles concernent, et ont le même effet, en France, que dans le pays où elles ont été rendues. (Aubry et Rau, 4^e éd., t. 1, § 31, note 35. — Fœlix, *op. cit.* n^{os} 65 et 333. — Demolombe, 1, 103. — Demangeat, *op. cit.* n^o 82. — Laurent, Droit civil international, t. VI, n^o 35, p. 79, n^o 87, p. 158, et n^o 107, p. 192. — Moreau, *op. cit.* p. 46. — Voir en ce sens : Douai, 20 juin 1820 et 5 mai 1836, S. 36, 2, 428. — Cass. 23 février 1860, S. 60, 1, 210. — Paris, 2 mars 1868, S. 68, 2, 312. — Cass. 6 juillet 1868, D. 69, 1, 267. — Paris, 28 février 1881, le Droit, 16 mars 1881. trib. Seine, 26 décembre 1882, Journal de droit international pr. 1883, p. 51).

Quelques-uns cependant ne déduisent pas les conséquences logiques de leur système, et reconnaissent que

l'*exequatur* est nécessaire, lorsqu'il s'agit de l'application de ces décisions au détriment de tierces personnes (Aubry et Rau, Moreau).

On doit repousser cette doctrine. Nous avouons ne pas bien saisir le motif et l'utilité de cette distinction. Ou bien une décision de cette nature a pleine efficacité en France, et l'interdit étranger, par exemple, pourra invoquer son incapacité, contre ceux qui auront traité avec lui, sans avoir besoin d'obtenir l'*exequatur*; ou bien elle sera sans force aucune tant qu'elle n'aura pas été rendue exécutoire. Il y a une véritable contradiction, ce semble, à dire que le jugement étranger d'interdiction produit *de plano* son effet en France, l'interdit devant y être considéré comme incapable, et à exiger l'*exequatur* précisément toutes les fois qu'il est intéressant pour lui de constater son incapacité.

Puis on méconnaît ainsi le texte et l'esprit de la loi. Son texte, parce que les art. 2123 C. C. et 546 C. P. c. parlent des jugements en général et que rien dans leurs termes ne permet de distinguer. Son esprit, car ces textes ont pour motif, d'une part, l'indépendance de la souveraineté, d'autre part, la défiance à l'égard des juges étrangers. Or, la souveraineté sera aussi bien violée par l'exécution *de plano* d'un jugement sur l'état que s'il s'agissait d'une condamnation pécuniaire, et si les juges étrangers sont suspects, en général, ils ne cesseront pas de l'être, pour avoir statué sur des questions qui passent à bon droit pour difficiles. (Merlin v. Faillite, sect. II, § 2, art. 10. — V. en ce sens : Paris, 30 août 1824, S. 25,

2, 203. — Paris, 18 sept. 1833, D. G. V. Droits civils, n° 465-2. — Trib. Seine, 23 janv. 1835, S. 36, 2, 70. — Paris, 16 janv. 1836, D. loc. cit. n° 1166. — Civ. cass. 16 février 1842, S. 42, 1, 714.).

b. — *Actes de juridiction gracieuse.* — On entend par là, certaines décisions rendues par les tribunaux sur des demandes qui n'ont pas de contradicteur. Ces décisions constituent surtout des actes de tutelle judiciaire et se réduisent soit à sanctionner et autoriser certains actes, soit à ordonner des mesures conservatoires et d'administration, soit à nommer certains agents chargés de gérer les biens de ceux qui en sont reconnus incapables. De pareilles décisions ressortiront évidemment leur plein et entier effet en France, sans qu'il soit besoin de les rendre exécutoires.

Le contraire a cependant été soutenu. Ce sont là, dit-on, des actes qui comportent une intervention effective du juge, un exercice du pouvoir judiciaire sous sa forme active, ce sont en un mot de véritables jugements auxquels les principes doivent être appliqués. Les conséquences de ce système sont très rigoureuses. Ainsi il aboutit, par exemple, à imposer l'*exequatur* aux jugements qui nomment un tuteur, un curateur, un conseil judiciaire, un administrateur aux biens, d'une façon générale. Ces administrateurs ne pourront exercer leurs fonctions en France, qu'après avoir obtenu l'*exequatur* du jugement qui les nomme, c'est par cet *exequatur* seulement que leur qualité sera reconnue.

Ces conséquences seraient, à elles seules, suffisantes

pour faire repousser ce système. Mais il y a plus, on arrive à l'absurde. Quand et comment l'*exequatur* sera-t-il demandé? Contre qui cette instance sera-t-elle engagée? Soutiendra-t-on que le tuteur, par exemple, nommé par un tribunal étranger, devra solliciter un *exequatur* particulier toutes les fois qu'il voudra faire en France un acte d'administration par lequel il se trouve agir contre un tiers, tel que poursuivre un débiteur de l'incapable? Cependant, il faut en arriver là, car le jugement d'*exequatur* sera pour ce tiers *res inter alios judicata*. Non, ces décisions confèrent un droit ou une qualité qui ne vient point contredire un autre droit, et il sera simplement nécessaire pour ceux qui voudront agir en vertu de ces décisions, de prouver leur qualité ou leur droit, tout comme un mandataire étranger qui voudra agir en France en vertu de son mandat. Seule, la règle *locus regit actum* recevra son application. (V. en sens divers : Valette, Mel. II, p. 337. — Laurent, Dr. civ. int. VI, p. 188. — Aubry et Rau. VIII, § 769 ter. — Félix et Demangeat. — Paris, 13 mars 1850, S. 51, 2, 791. — Req. rej., 9 mars 1853, S. 53, 1, 269. — Pau, 6 janv. 1868, S. 68, 2, 100. — Paris, 2 fév. 1869, S. 69, 2. 103. — trib. Nantes, 18 avril 1872, et Rennes, 26 nov. 1873, *Journal de dr. int.* pr. 1876, p. 705, V^o ordonnance étrangère).

§ 3. — *Jugements rendus par les tribunaux consulaires
et les tribunaux mixtes d'Égypte.*

Enfin, il nous faut dire quelques mots des décisions rendues à l'étranger par certains tribunaux d'une nature spéciale et au sujet desquelles il pourrait naître quelque doute. Nous voulons parler des décisions qui émanent des tribunaux consulaires, dans les pays où ils existent encore, et de celles rendues par les tribunaux mixtes d'Égypte.

a. — *Jugements rendus par un consul.* — Ces jugements ont évidemment la même valeur que s'ils avaient été prononcés en France par un tribunal français. Ils sont bien rendus en pays étranger, mais ils émanent de juges qui relèvent de la souveraineté française, et c'est en son nom qu'ils rendent la justice. L'authenticité doit seulement en être attestée par la légalisation de la signature du Consul donnée au ministère des affaires étrangères, conformément à l'ordonnance du 25 octobre 1833, article 10.

b. — *Jugements rendus par les tribunaux mixtes.* — Ils nous retiendront plus longtemps. Le règlement d'organisation judiciaire du 10 novembre 1874, conclu entre l'Égypte et les puissances européennes, approuvé en France par une loi du 17 décembre 1875, promulguée le 25 du même mois (*Journal officiel* des 18 et 25 décembre 1875), a institué pour l'Égypte, des tribunaux mixtes. Ces tribunaux, ainsi que leur nom l'indique, se compo-

sent de juges indigènes et de juges européens. Les uns et les autres sont nommés directement par le Khédive, mais les derniers sur la présentation qui est faite par le souverain de chaque nation. Leur organisation se rapproche beaucoup, dans son ensemble, de celle des tribunaux français. Elle comprend deux ordres de juridiction : tribunaux de première instance et cour d'appel siégeant à Alexandrie. Un parquet est attaché à chaque tribunal de première instance et à la cour d'appel, et comprend aussi des magistrats européens.

Quels sont en France les effets des jugements des tribunaux mixtes ? Doit-on, à ce point de vue, les considérer comme des jugements français ou comme des jugements étrangers ?

Pour soutenir que ce sont des jugements français, on fait remarquer que ces tribunaux ont été institués du consentement de la France, et qu'en acceptant, en approuvant même cette réforme judiciaire, elle a marqué très clairement la confiance qu'elle avait dans les nouveaux tribunaux. Et, ajoute-t-on, comment n'aurait-elle pas cette confiance ? Plusieurs des magistrats sont désignés par elle, de plus, il a été expressément stipulé que toutes les fois que l'affaire intéressera un Français, celui-ci aura le droit d'exiger qu'un magistrat français vienne siéger. Enfin l'esprit général de l'institution est essentiellement français, on y applique des lois civiles et de procédure qui ont été rédigées par un Français et qui sont des images de nos Codes civils et de procédure.

Cette argumentation repose sur une base des plus con-

testable. Ce que l'on oublie et qui est d'une importance capitale, c'est que les tribunaux mixtes sont des tribunaux étrangers. Peu importe leur composition et les lois qu'ils appliquent, ils reçoivent leur investiture du Khédive, et c'est en son nom qu'ils rendent leurs décisions. Ne serait-ce pas dès lors faire échec à la souveraineté française, au profit de la souveraineté égyptienne, que de leur accorder *de plano* effet en France ?

Ainsi ce sont bien des jugements étrangers ; mais n'y a-t-il aucune raison de les traiter plus favorablement que les jugements étrangers ordinaires ?

M. Paul Fauchille, avocat à la Cour d'Appel de Paris, a développé dans le *Journal de droit international privé*, de M. Clunet (1880, p. 457), un système ingénieux et original à coup sûr, mais dont la base est loin d'être bien juridique et conforme aux principes. L'auteur commence par déclarer qu'il est partisan de la doctrine de la jurisprudence française sur les effets des jugements étrangers : pas d'autorité de chose jugée sans *exequatur*, droit pour les tribunaux français de réviser l'affaire au fond. Puis arrivant aux sentences des tribunaux mixtes, il prétend que l'on doit faire à ces tribunaux « une situation mixte. »

Sans doute, leurs décisions ne sauraient être mises à exécution en France, sans *exequatur*, mais les tribunaux français ne doivent pas les réviser. Ils doivent se borner à examiner ces décisions dans la forme et au point de vue de l'ordre public français, si le tribunal était compétent *ratione materiæ* et *ratione personæ*, et s'il était com-

posé comme le veut l'article 6 du protocole du 10 novembre 1874.

C'est là, dit-il, ce qui ressort de l'esprit de la loi, et c'est beaucoup dans une loi muette sur ce point.

A l'objection que les lois et conventions n'ayant pas prévu la question, on a entendu s'en référer au droit commun, et n'accorder aux sentences émanant des tribunaux mixtes, que la valeur attribuée aux jugements étrangers en général, il répond par ce principe, formulé par Aubry et Rau (I, § 40, p. 132), à savoir que : « On peut étendre une disposition légale aux hypothèses qu'elle n'a pas prévues, et dans lesquelles on rencontre cependant à un degré plus éminent que dans celles qu'elle a formellement énoncées, le motif en vertu duquel elle a statué. » Faisant application de ce principe, il faut dire : nous avons sur la matière des jugements étrangers deux textes législatifs : les articles 2123 du Code civil et 546 du Code de procédure civile, d'une part, de l'autre la loi française du 21 avril 1832, sur la navigation du Rhin. Cette dernière, fondée sur l'article 85 de la convention internationale du 31 mars 1831 (De Clercq, *Recueil des Traités*, IV, p. 53), porte en son article 5 : « Les jugements prononcés par les juges des droits de navigation du Rhin, résidant sur un territoire étranger, seront exécutoires en France sans nouvelle instruction, dès qu'ils seront passés en force de chose jugée, et à cet effet, ils seront rendus exécutoires par le tribunal civil de Strasbourg. » Or de ces textes, qui ni l'un ni l'autre ne prévoient la difficulté soulevée par la création, en 1875, des tribunaux mixtes

d'Égypte, quel est celui qui vise l'hypothèse se rapprochant davantage de la nôtre? C'est la loi du 21 avril 1832, puisque la magistrature dont elle parle, et dont les sentences peuvent être exécutées en France par le seul visa du tribunal de Strasbourg, se compose de juges de première instance nommés par chaque État riverain du Rhin, et fonctionnant chacun dans le pays qui l'a nommé. Il y a en outre une commission centrale faisant fonction de Cour d'appel, résidant à Mayence, et composée, à l'exemple de nos tribunaux mixtes d'Égypte, d'éléments divers.

Le raisonnement est ingénieux, sans doute, mais pas fondé. En premier lieu, la convention internationale de 1831 a été abolie à la suite des événements malheureux de 1870 et du traité de Francfort. La loi de 1832 avait donc disparu, lorsqu'a été votée celle de 1875. Puis, ne serait-ce pas aller à l'encontre de cet autre principe certain que les dispositions exceptionnelles ne peuvent être étendues par voie d'analogie? Le droit commun, c'est le refus de toute efficacité aux jugements étrangers, c'est le droit pour les tribunaux français, de réviser ces jugements; l'exception, c'était la convention de 1831, ce sont les traités franco-sarde de 1860, et franco-suisse de 1869, dont nous nous occuperons à la fin de ce travail. Personne n'a jamais songé à appliquer leurs dispositions aux décisions autres que celles qui en font l'objet.

D'ailleurs, cette organisation des tribunaux mixtes est loin de présenter toutes les garanties désirables. Ils comprennent, outre des juges français, des juges de toutes les autres nations. Or, la loi française qui se défie

des tribunaux de chaque nation en particulier, pourrait-elle, sans inconséquence, accepter sans restriction un jugement auquel des juges de toutes les nations auront collaboré ? Les jugements des tribunaux mixtes sont donc des jugements étrangers ordinaires, et comme tels soumis aux règles des articles 2123 et 546 Code procédure civile.

Cette question a de l'intérêt, car aux termes de l'article 9 du règlement, les tribunaux consulaires, en Égypte, ne sont plus compétents pour trancher les litiges qui intéressent des individus de même nationalité. Par application de cette disposition, il a été décidé que dès qu'une faillite compromet des intérêts appartenant à des personnes de nationalité différente, seuls, les nouveaux tribunaux sont compétents pour la déclarer et en suivre les opérations (Ainsi jugé par le tribunal du Caire, 30 septembre 1877. — Arrêt conforme de la Cour d'Appel, 8 février 1878, *Journal de dr. int. priv.*, 1878, p. 181).

Il nous reste maintenant à faire l'application de ces principes aux décisions rendues en matière de faillite.

CHAPITRE II

JUGEMENT DÉCLARATIF DE LA FAILLITE

§ 1. — *Le commerçant failli n'a qu'une seule maison de commerce située à l'étranger.*

La déclaration de faillite produit différents effets qui peuvent être ramenés à trois catégories : il y en a qui affectent la personne et les biens du failli, d'autres sont relatifs à la suspension des poursuites individuelles des créanciers, d'autres enfin consistent à concentrer l'administration et la liquidation du patrimoine du failli entre les mains des syndics.

Ces différents effets résulteront-ils en France de la décision étrangère qui prononce une faillite, et à quelles conditions ? Le jugement déclaratif n'aura-t-il aucune efficacité tant qu'il n'aura pas été déclaré exécutoire, ou au contraire, l'*exequatur* ne sera-t-il requis que pour les actes d'exécution proprement dite ?

L'intérêt de la question est considérable.

Si la déclaration de faillite prononcée à l'étranger est en France lettre morte tant qu'elle n'a pas été rendue exécutoire, le failli conserve l'administration et la disposition de ceux de ses biens qui y sont situés. Il peut les aliéner, les hypothéquer, payer ses créanciers, sans que

l'on puisse attaquer les droits acquis aux tiers et les paiements faits en France. Il y conserve l'exercice de ses actions et reste soumis aux poursuites individuelles de ses créanciers, enfin les syndics sont sans qualité pour le représenter.

Si, au contraire, on accorde l'autorité de la chose jugée au jugement déclaratif étranger, il pourra être invoqué devant les tribunaux français, comme déterminant la condition du failli et opposé comme exception aux poursuites des créanciers. De même, il enlèvera au failli la disposition de ses biens et fera preuve suffisante, par lui-même, de la qualité des syndics, qui devront être admis à exercer, en France, les fonctions qui leur ont été confiées par les magistrats du pays où la faillite a été déclarée.

Les auteurs sont loin d'être d'accord sur cette question, et avant de rechercher quelle est la solution qui nous paraît la plus conforme aux principes de la législation française, nous allons passer en revue les différentes opinions qu'ils ont émises.

Il faut d'abord s'attacher à l'étude de l'hypothèse la plus simple, celle où le commerçant failli se trouve à la tête d'une seule maison de commerce, située à l'étranger.

Premier système. — Le jugement déclaratif appartient au statut personnel. — Dans ce système, on assimile le failli à un interdit, et son incapacité est considérée comme faisant partie du statut personnel. Et comme le statut personnel suit l'individu partout où il se rend, le com-

merçant failli sera incapable (1), non seulement dans son pays où il a été mis en faillite, mais encore dans tous les autres pays où il aura contracté des obligations, et où il voudra traiter à nouveau ; cette incapacité réagira, enfin, sur tous les biens qu'il possède en quelques lieux qu'ils soient situés, et cela alors même que le jugement déclaratif n'aurait pas été rendu exécutoire. Cette décision présente, en effet, ce caractère particulier qu'à la différence des décisions ordinaires, elle ne confère par elle-même aucun droit individuel à celui qui l'a provoquée et ne constitue pas titre en sa faveur, elle ne fait que constater une situation de fait existant en dehors d'elle, et cette situation de fait est précisément l'incapacité dont la loi frappe tout commerçant qui ne remplit pas ses engagements.

Les conséquences de cette théorie sont les suivantes : le failli étranger ne pourra, après sa mise en faillite, faire en France aucun acte opposable à ses créanciers. Le dessaisissement de ses biens dont il est frappé s'applique non seulement aux biens situés en son pays, mais même à ceux qu'il possède en France, et toutes aliénations de ces biens, toutes constitutions de droits réels ou d'hypothèque sur ces biens, sont frappées de nullité. De plus, les créanciers français du failli subiront le même sort que

1. L'expression est inexacte. L'état du failli diffère essentiellement de celui du mineur, de l'interdit, du prodigue, de la femme mariée. Le failli n'est pas à proprement parler, incapable ; seulement les actes qu'il fait ne sont pas opposables à la masse de ses créanciers représentée par le syndic.

ses créanciers étrangers, la loi qui crée l'égalité entre tous les créanciers d'un commerçant failli, sauf, bien entendu, les causes légitimes de préférence, s'applique aussi bien aux créanciers étrangers qu'aux créanciers nationaux. Ils ne pourront donc plus exercer contre lui de poursuites personnelles, car il ne peut pas ester en justice, il est représenté par des syndics. C'est contre ces derniers que devront être dirigées les actions des créanciers, de même que toutes les actions du failli seront exercées par eux. (de Luca, *de credito, discours*, 10, n° 5 et *de cambiis*, disc. 32, n° 15. — Ansalde, *de commercio et mercatura*, disc. 38, n°s 31 et 32. — Stracca, *de decoctoribus*, p. 3. — Bruxelles, 21 juin 1820, Merlin, rep. V° faillite, sect. II, § 2, art. 10. — Aubry et Rau, *Droit civil français*, t. 1, § 31, note 35. — Demolombe, *Cours du code Napoléon*, t. 1, n° 103).

Cependant Merlin, tout en admettant que la loi, en vertu de laquelle le commerçant a été déclaré en faillite par le juge de son domicile, rentre dans le statut personnel, ne voit pas là une raison suffisante pour faire considérer ce commerçant failli, comme incapable en France. Il faut, d'après lui, distinguer si celui qui a traité avec le failli était ou non de bonne foi. Était-il de mauvaise foi, et connaissait-il la faillite ou même seulement la cessation des paiements au moment où il a traité, l'acte sera annulé comme fait en fraude des créanciers. Était-il, au contraire, de bonne foi, l'acte est valable, et c'est en vain que pour l'annuler, les créanciers du failli ou leur représentant fe-

raient déclarer le jugement exécutoire en France, cette déclaration ne saurait rétroagir à son préjudice (Merlin, v^o faillite, section II, § 2, art. 10).

Deuxième système. — *Le jugement déclaratif appartient au statut réel.* — Il est soutenu dans ce système, que la faillite ne crée point une véritable incapacité à l'encontre du failli; elle ne fait que le dessaisir de ses biens et le priver du droit d'en disposer. La décision qui prononce la faillite rentre, dès lors, dans le statut réel. Et de même que le statut réel n'a d'effet que dans le pays où sont situés les biens qu'il régit, de même, la faillite ne pourra produire aucun effet en dehors du pays où elle a été déclarée.

Les auteurs qui adoptent cette doctrine ne sont pas d'accord sur ses conséquences.

Pour les uns, le jugement déclaratif de la faillite constitue un statut essentiellement réel, et l'incapacité dont le failli est frappé ne peut le suivre hors du territoire. En conséquence, les aliénations d'immeubles situés en France, les constitutions de droits réels sur ces immeubles, ainsi que les paiements faits aux créanciers français sont valables. De même, le jugement déclaratif ne met pas obstacle en France, aux poursuites individuelles des créanciers. Enfin, les syndics nommés par ce jugement n'auront point qualité pour représenter le failli. Cependant il suffira que l'*exequatur* soit prononcé, pour que la faillite soit reconnue en France, et y produise ses effets (Rocco, *dritto civile internazionale*, p. 374. — Casaregis,

discurs. 30, n° 6 et suiv., nos 14, 25 et suiv., 551 et 555.
— Pardessus, dr. comm. n° 148 bis).

Selon d'autres, il faut distinguer les incapacités qui frappent la personne même du failli de celles qui ont trait au dessaisissement de ses biens. Les premières constituent un statut personnel et le suivent partout. Ainsi le failli ne sera plus admis à l'escompte de la Banque de France et l'entrée de la Bourse lui sera interdite. Quant aux secondes, qui sont une manière d'être des biens plutôt qu'une manière d'être de la personne, elles rentrent dans le statut réel. Non-seulement ces auteurs refusent tout effet à la décision étrangère qui a prononcé la faillite, tant que cette décision n'a pas été rendue exécutoire en France, mais l'*exequatur* est impuissant à lui donner une efficacité quelconque. Une nouvelle faillite devrait être déclarée en France, pour que la capacité du failli quant aux biens fût atteinte. « Le jugement, bien que déclaré exécutoire, dit M. Massé, « ne pourrait être exécuté au préjudice des droits des « tiers, contre lesquels il n'aurait pas l'autorité de la « chose jugée, parce qu'ils n'y étaient pas parties et que « son effet, quant à la disponibilité des biens du failli, ne « peut, en tant qu'il affecte le statut réel, outrepasser les « limites du territoire du juge qui l'a rendu. Il faudrait « de plus que la faillite, déjà déclarée en pays étranger, « fût déclarée en France, et pour cela que le failli y eût « un établissement de commerce, une résidence, ou du « moins qu'il y eût commis des actes qui le rendissent « justiciable des tribunaux français. »

Donc, tant que cette nouvelle faillite n'aura pas été prononcée, le failli conserve en France tous ses droits et tous les actes qu'il aura faits, aliénations, constitutions de droits réels, paiements, etc., seront inattaquables. Et en ce qui concerne les immeubles appartenant au failli et situés en France, il y a, ajoute-t-on, une raison particulière de décider ainsi. Aux termes de l'article 490 *in fine* du Code de commerce : « les syndics sont tenus de « prendre inscription au nom de la masse des créanciers « sur les immeubles du failli dont ils connaissent l'exis- « tence. » Cette inscription est destinée à prévenir les tiers que le propriétaire, étant en faillite, ne peut plus disposer de ses biens. Or, une pareille inscription pourrait-elle être prise en vertu d'un jugement étranger ? Cela ne paraît pas possible en présence des articles 2123 *in fine* et 2128 du Code civil. Il serait dès lors trop rigoureux, à défaut de ce moyen de publicité, d'annuler les droits réels constitués par le propriétaire (Massé, *Le droit commercial dans ses rapports avec le droit civil et le droit des gens*, t. I, nos 546 et 557, et t. II, n° 809. — Demangeat sur Fœlix, n° 468, la note. — Bonfils, *Compétence des tribunaux français à l'égard des étrangers*, n° 246, p. 210 et s.).

Enfin il est des auteurs qui n'adoptent cette solution qu'en ce qui concerne les immeubles : les meubles restent soumis d'une façon absolue à la faillite étrangère, pourvu cependant que le jugement déclaratif ait été rendu exécutoire. Pour justifier cette distinction, on fait le raisonnement suivant : les lois de la faillite ont une

grande analogie avec celles qui régissent les successions : les unes comme les autres ont trait à l'universalité du patrimoine d'un individu. Pour savoir quelle est la loi applicable aux meubles possédés en France par des étrangers, on admet généralement qu'il faut distinguer suivant que les meubles sont considérés isolément, dans leur individualité, ou bien comme faisant partie d'une universalité. Dans le premier cas, c'est la loi du lieu de leur situation qui les régit ; dans le second, pour les uns, c'est la loi du domicile, pour les autres, la loi nationale. Or la faillite atteint non seulement tel ou tel bien du failli, mais tout son patrimoine ; les meubles d'un failli étranger, situés en France, ne seront donc pas régis par la loi française, et ils seront compris dans la masse de la faillite étrangère.

Et l'on va jusqu'à étendre à la faillite le tempérament établi en matière de succession par l'article 2 de la loi du 14 juillet 1819. Si la loi étrangère devait causer un préjudice aux créanciers français d'un failli étranger, il y aurait lieu de leur permettre de s'indemniser sur les biens que ce dernier possède en France. On ne ferait ainsi qu'appliquer le principe de l'égalité consacrée par la loi des faillites (Ripert, *Revue critiq. de législ.*, 1877, p. 705 et s. ; Thomas, *Études sur la faillite dans le Droit intern.*, p. 98).

Mais, si ces auteurs sont d'accord pour prétendre que la faillite étrangère ne peut produire aucun effet sur les biens qui sont situés en France et les actes qui y sont faits par le failli, il n'en est pas ainsi en ce qui touche

les poursuites individuelles des créanciers et les pouvoirs des syndics.

Ainsi, tandis que M. Massé estime que le failli ne peut pas exciper de la faillite, ni de son incapacité pour arrêter les poursuites que ses créanciers dirigent contre lui en France, M. Bonfils pense au contraire que la faillite étrangère met obstacle à ces poursuites. D'après lui, le failli peut invoquer en justice l'incapacité dont il est frappé et les syndics ont le même pouvoir. Le jugement n'est pas un véritable jugement, mais bien un acte de juridiction gracieuse destiné à constater l'incapacité du failli et l'*exequatur* n'est point nécessaire pour qu'il produise effet.

M. Demangeat distingue selon que les poursuites sont exercées en France, par un créancier français ou par un créancier étranger. Dans le premier cas, la déclaration de faillite ne saurait entraver les poursuites, elle est considérée comme non-existante, tant qu'elle n'a pas été déclarée exécutoire. Dans le second cas, elle fera échec aux poursuites, et le créancier devra se contenter de produire à la faillite, conformément à la loi du pays où cette dernière a été déclarée. (Demangeat, notes sur Fœlix, n° 468, et sur Bravard-Veyrières, *Droit commercial*, t. V, p. 12).

En ce qui concerne les pouvoirs des syndics, ces auteurs prennent, comme point de départ, cette idée que le jugement déclaratif de la faillite est un acte de juridiction volontaire, destiné à constater une situation de fait. Les fonctions des syndics sont considérées comme

un véritable mandat, qui leur est confié par le juge étranger, dans l'intérêt de la masse des créanciers en même temps que du failli. Or, de même que la procuration passée régulièrement en pays étranger, sera valable en France, de même le mandat que le jugement étranger confère aux syndics, étant authentique, aura pleine efficacité même avant l'*exequatur* de ce jugement. Par conséquent, ces syndics auront qualité pour faire, en France, les mêmes actes auxquels ils auraient le droit de procéder dans le pays où ils ont été nommés. Ils pourront prendre toutes les mesures conservatoires dans l'intérêt de la masse des créanciers, telles que, poursuivre le recouvrement des créances du failli et même procéder à la vente de ses biens, tant meubles qu'immeubles (Merlin, Foelix et Demangeat, Bonfils, n° 245, Thomas, p. 108).

Dans sa première édition, M. Massé ne considérait le jugement déclaratif comme un mandat, que dans le cas où il avait été prononcé sans opposition de la part du failli. Mais si le failli avait résisté, c'était alors un véritable jugement soumis aux règles ordinaires. Il a depuis abandonné cette distinction.

Quant aux pouvoirs des syndics, il ne les admet pas aussi complets. Préoccupé par cette idée que la faillite fait partie du statut réel, il ne concède aux syndics que le droit de poursuivre les débiteurs du failli ; les biens situés en France sont en dehors de leur action, de même qu'ils ne peuvent pas s'opposer aux poursuites des créanciers (Massé, n° 809).

M. Thaler, dans un ouvrage tout récent (*Des faillites*

en droit comp. avec une étude sur le règlement des faillites en dr. intern. Paris 1887, p. 353 et suiv.), s'attache également à l'idée de statut réel, mais à la différence des autres partisans de ce système, il en admet toutes les conséquences. A la différence d'un jugement de condamnation qui a, dit-il, pour attribut de pouvoir être invoqué en quelque lieu que ce soit, parce qu'il porte avec lui une vérité susceptible de passer la frontière, le jugement déclaratif est un jugement d'exécution, qui ne prononce ni ne condamne, mais ordonne le séquestre et la saisie des biens pour la satisfaction des créanciers. Il ne s'adresse pas à la personne, mais aux biens, ou si la personne souffre de son action par un effet réflexe, c'est uniquement quant à la faculté de transiger sur les biens séquestrés. De même que dans la saisie immobilière, le saisi perd le droit d'aliéner au mépris de la poursuite, sans que personne n'en ait jamais conclu que le saisi fût frappé dans sa personne, de même en est-il de la faillite. Dès lors n'est-il pas de toute évidence que les ordres de contrainte délivrés par la justice intérieure ne peuvent valoir que pour l'intérieur ? le droit d'exécution n'est-il pas éminemment territorial ? l'action du droit *sanctionnateur*, comme on l'a appelé parfois, ne s'arrête-t-elle pas aux confins de l'Etat, ne manque-t-elle pas de prise sur les personnes et les biens placés au-delà ? Il n'y a pas à distinguer entre les meubles corporels ou incorporels et les immeubles. Il faut les traiter de la même façon et empêcher l'ingérence, sur le territoire national, de tout syndic institué à l'étranger, n'y eût-il de sa part qu'une seule

créance à recouvrer, qu'une valeur modique à appréhender. Les effets d'une déclaration de faillite se resserrent aux biens situés dans le pays où la faillite a été prononcée ; pour les biens extérieurs, il faut une nouvelle déclaration de faillite, il ne peut être question de rendre exécutoire le jugement déclaratif étranger.

En conséquence, une faillite déclarée à l'étranger demeure sans effet sur les biens situés en France, elle n'entraîne pas le dessaisissement à l'égard des valeurs du failli qui se trouvent sur notre sol. Les créanciers français ou étrangers, même ceux groupés en syndicat d'après la loi du pays où la faillite s'est ouverte, conservent, en France, leur individualité et le droit de poursuivre personnellement le failli sur les biens qu'il possède. Enfin le syndic étranger n'a pas plus qualité à l'effet de plaider relativement aux biens français, que de contracter. Les créanciers qui voudront prendre en France jugement contre le failli devront mettre ce dernier en cause.

Troisième système. — Unité et universalité de la faillite. — Ce système donne au jugement déclaratif étranger, avant l'*exequatur*, la même valeur en France que dans le lieu où il a été rendu, l'*exequatur* est seulement nécessaire pour procéder aux actes d'exécution proprement dite.

La théorie de l'unité et de l'universalité de la faillite n'est pas de création récente et les anciens auteurs du droit commercial lui ont fourni des partisans. De Luca et Ansaldo l'enseignaient, mais il est plus vrai de dire qu'ils n'ont fait que l'entrevoir, sans en donner une idée exacte et des notions précises. Puis, les principes qu'ils

invoquent ne sont pas ceux qui servent de base à cette théorie dans les ouvrages modernes.

De Luca rattachait la loi sur les faillites au statut personnel, en ce sens qu'elle s'attache à l'état et à la capacité du failli. Or comme l'état et la capacité de la personne sont indivisibles, il est impossible d'admettre qu'un même individu soit à la fois failli et non failli, capable et incapable, suivant la nationalité de ses créanciers et la situation de ses biens. « *Item quia quum istæ causæ con-*
« *cursus creditorum sint universales, super statu individuo*
« *personæ, hinc impossibile est dare hanc distinctionem ut*
« *unus et idem debitor, eodem tempore, sit decoctus et non*
« *decoctus, quodque respectu clericorum sit habilis ad con-*
« *trahendum citra fraudem, ista vero urgeat respectu*
« *laïcorum; id enim continet implicantiam manifestam* »
(de Luca, *de credito* disc. 10, n° 32).

Ansalde invoque d'autres considérations. Il part du principe que l'universalité du patrimoine du débiteur est le gage commun de tous ses créanciers. Ce principe ne saurait être mis en échec par ce fait que les biens qui composent ce patrimoine sont situés dans des pays différents. La raison et l'intérêt des créanciers exigent qu'il n'y ait, en ces matières, qu'un juge et qu'un jugement pour éviter la contrariété des décisions. Peu importe que les créanciers appartiennent à la même nationalité que leur débiteur ou qu'ils soient de nationalité différente, ils doivent tous être traités sur le même pied d'égalité, sauf des causes légitimes de préférence. « *Quamobrem nec in aliquâ*
« *haberi debet consideratione quod inter creditores reperian-*

« *tur forenses et non suppositi jurisdictioni judicum He-*
« *truscœ ditionis; quoniam receptum et practicum est in*
« *hâc materiâ, tam ratione connexionis, ne contingat super*
« *eodem puncto coram diversis judicibus plures et diversas vel*
« *contrarias sententias proferri, quam etiam ratione into-*
« *lerabilis incommodi partium, ut coram pluribus judici-*
« *bus et in diversis foris scripturas producere ac novas*
« *probationes facere cogentur, quod idem sit judex et*
« *unicum judicium* » (de commercio et mercatura, disc.
II, n^{os} 25, 28 et 29).

Ce sont surtout les auteurs modernes qui ont formulé avec précision et développé la théorie de l'unité et de l'universalité de la faillite. En premier lieu, il convient de citer Rocco et Savigny :

Le premier, tout en s'élevant à la notion d'une faillite unique et universelle, essaie d'y greffer l'idée de statut réel. Il arrive ainsi à paralyser dans la pratique le principe qui sert de base à sa théorie (*op. cit.*).

Le second voit dans la doctrine des auteurs, dans les décisions des magistrats, dans les coutumes et dans les traités, une tendance progressive et constante vers une communauté de droit, qui aboutit à faire résoudre, par les mêmes règles, chez tous les peuples, les conflits de législation. C'est au nom de cette communauté révélée par le développement successif du droit, qu'il combat les théories ordinairement reçues sur le droit international privé. Et c'est par cette même communauté de droit que cet auteur explique et justifie la tendance croissante des relations internationales vers l'idée et l'application d'une

faillite unique et universelle, dégagée de toute distinction des lois personnelles ou réelles (*Droit romain*, t. VIII, § 374).

Mais l'idée de l'unité et de l'universalité de la faillite dans les rapports internationaux, a surtout été affirmée et proclamée dans ces temps derniers. Des ouvrages remarquables ont été écrits sur la faillite surtout en Italie, et de nombreux articles ont été publiés dans les revues, qui ont largement exposé ce système avec toutes ses conséquences (Pasquale Fiore, *Droit intern. pr.*, chap. X, nos 303 à 307 et 361 et suiv., et *Mémoire sur la faillite selon le droit international privé*. — Giuseppe Carle, *De la faillite dans le droit intern. pr.* — Dubois, *Traduction et annotations de l'ouvrage de Carle*. — César Norsa, *Revue de droit intern. et de législ. comparée*, 1876-77, p. 627 et s. — Lemoine, Thèse de doctorat, Nancy, 1881. — Glasson, *Journal du dr. intern. pr.*, 1881, p. 126 et suiv. — Boistel, *Précis de dr. comm.*, Paris, 2^e éd., n° 899 bis. — Albert Simon, *La faillite d'après le dr. intern.*, chap. II, p. 17-31. — Humblet, *Journal de dr. int. pr.*, 1883, p. 462 et suiv. — Weiss, *Traité de dr. intern. pr.*, pp. 961 et 962. — Nachbaur, *De la faillite en dr. intern. pr.* — Despagnet, *Préc. de dr. intern. pr.*, nos 625 et suiv. — V. également le vœu formulé par le Congrès tenu à Turin en 1880, sous la présidence de M. Maneini, article de M. L. Renault, le Droit du 3 octobre 1880.

A part Norsa qui avec Rocco fait rentrer les lois de la faillite dans le statut réel, ces auteurs sont unanimes à rejeter les divers systèmes qui viennent d'être exposés. La théorie des statuts, disent-ils en premier lieu, est im-

puissante à résoudre les conflits de législation, qui peuvent s'élever et qui s'élèvent fréquemment sur les effets de la déclaration de faillite. Elle ne fait que compliquer les difficultés et jeter la confusion dans les esprits, par suite des distinctions nombreuses qu'elle comporte. Puis il y a un certain nombre de dispositions législatives qui ne rentrent ni dans l'un ni dans l'autre statut, les lois de la faillite sont évidemment de ce nombre. L'objet unique de cette institution n'est pas, en effet, la personne ou les biens du failli, mais bien la protection du crédit et l'intérêt général du commerce. Enfin on ajoute que la distinction des lois réelles et des lois personnelles, qui sert de base à la théorie des statuts, manque elle-même de fondement rationnel. Elle repose sur l'idée surannée que l'Etat aurait un domaine éminent sur les biens situés dans l'étendue de son territoire. C'est là un reste de ces maximes étroites d'indépendance absolue et de souveraineté territoriale, inspirées par l'égoïsme et la jalousie, que répudie la science moderne. La solution vraie n'est pas là, il faut la rechercher ailleurs et on croit la trouver dans le principe de l'unité et de l'universalité de la faillite.

Si l'on jette les yeux sur les différentes législations des pays civilisés, on verra que dans toutes ces législations, les opérations de la faillite, quelque variées et multiples qu'elles soient, ont pour caractère essentiel une tendance manifeste à l'unité et à la concentration. Ce caractère doit-il disparaître, par cela seul que les créanciers ou les biens du failli sont dispersés dans divers Etats? Assurément non. C'est un principe supérieur d'intérêt public, commun

à toutes les nations qui le veut. L'activité de l'homme ne pouvant parvenir à ses fins sans sortir des limites de l'Etat auquel il appartient, l'Etat étranger ne saurait refuser sa coopération nécessaire, sans créer un obstacle à l'activité de ses propres citoyens, quand elle s'exerce en dehors du territoire. Les Etats civilisés doivent donc mettre en commun les moyens dont chacun d'eux dispose pour répondre aux besoins de la nature humaine, pour maintenir partout l'ordre juridique et moral, faire respecter la justice et garantir les droits privés.

Les conséquences que l'on tire de cette doctrine au point de vue de notre sujet, sont les suivantes : le jugement étranger déclaratif, quant à son efficacité en France, peut être considéré sous un double aspect.

Ou bien, c'est un document qui constate un état de fait et comme conséquence, qui détermine la condition du failli, lui enlève l'administration et la disposition de ses biens, suspend les poursuites individuelles de ses créanciers et confie la gestion de son patrimoine à des syndics ou représentants; qui sert également à fixer l'époque de la cessation des paiements et à annuler ou à rendre annulables certains actes. Ces différents effets seront produits, en France, par le jugement déclaratif étranger, sans qu'il soit besoin d'en demander *l'exequatur*. Par cela seul que son existence est démontrée, il peut être opposé à quiconque fait un acte en contradiction avec lui, soit comme exception de chose jugée, soit comme document en vertu duquel l'acte accompli doit être dénué d'efficacité. En un mot, considéré sous cet aspect, le jugement déclaratif

étranger ne suffit pas à produire une exécution proprement dite, en France, mais il y possède l'autorité de la chose jugée et met obstacle à tout acte qui se serait fait pour se soustraire à ses conséquences.

Ou bien c'est un titre en vertu duquel on veut procéder à des actes d'exécution véritable, tels que la vente des biens meubles et immeubles du failli. *L'exequatur* est alors nécessaire, car la force exécutoire émane directement de la souveraineté et ne peut dépasser la frontière de l'Etat où cette souveraineté commande. Mais les magistrats français, auxquels *l'exequatur* est demandé, doivent se borner à vérifier si le titre, qui leur est présenté, est bien un jugement et s'il n'est pas contraire à la loi et à l'ordre public français.

Hâtons-nous d'ajouter que ces divers systèmes renferment l'autorité du jugement déclaratif de faillite, dans la sphère du droit privé. En ce qui concerne les déchéances politiques ou autres encourues par le failli, telles que la perte du droit d'électorat et d'éligibilité aux deux chambres, aux conseils généraux, d'arrondissements et municipaux, du droit de faire partie d'un jury, etc., on ne saurait admettre qu'un Français soit atteint par un jugement étranger. Cette solution a d'ailleurs été consacrée législativement. En effet, l'article 15, § 7 du décret-loi du 2 février 1852 sur l'élection des députés, reproduit par la loi du 9 décembre 1884, article 4, décide que « ne doivent pas être inscrits
« sur les listes électorales..... les faillis non réhabilités,
« dont la faillite a été déclarée, soit par les tribunaux fran-

« çais, soit par jugements rendus à l'étranger, mais exé-
« cutoires en France. » Cette disposition est reproduite
également par toutes les lois spéciales qui prononcent di-
verses déchéances contre le failli.

Les divers systèmes qui viennent d'être exposés, ne
peuvent nous satisfaire, et nous pensons qu'il faut recou-
rir à d'autres principes pour résoudre les difficultés que
soulève la question des effets des jugements étrangers
déclaratifs de la faillite.

La théorie de l'unité et de l'universalité de la faillite
est sans doute très ingénieuse. Les jurisconsultes qui l'a-
doptent, après avoir posé le principe, savent lui rester
constamment fidèles et tirer toutes les conséquences lo-
giques qui en découlent. Elle a, en outre, un grand avan-
tage sur les autres systèmes, c'est de simplifier beaucoup
la procédure à suivre, en l'assujettissant à une loi uni-
que, elle évite par là les inconvénients graves de plu-
sieurs faillites prononcées en même temps dans divers
Etats contre un seul individu ; elle a également l'avantage
appréciable d'accélérer la solution de la faillite et d'éco-
nomiser des frais. Nous ne le nions pas, et on doit sou-
haiter de la voir appliquée le plus possible à l'avenir, par
les hommes d'Etat, dans les conventions diplomatiques.
Nous n'hésitons pourtant pas à la repousser parce
qu'elle est en contradiction formelle avec les principes de
notre législation sur les effets des jugements étrangers en
France (art. 2123 C. C. et 546 C. proc. civ.)

La théorie des statuts ne peut non plus servir à résou-
dre la question. Il est actuellement reconnu que tou-

tes les lois ne rentrent pas nécessairement dans l'un ou l'autre statut. Il en est qui n'en font pas partie, telles sont les lois sur la faillite. Elles ne rentrent pas dans le statut personnel, car leur but n'est pas de régler l'état et la capacité du failli. Si, en effet, ces lois ont une certaine influence sur la capacité du failli, ce n'est que par quelques dispositions accessoires qui ne sauraient leur attribuer le caractère de lois personnelles, de même que nous les voyons par quelques dispositions accessoires toucher aux lois de police et de sûreté, sans pourtant que l'on puisse les considérer comme faisant partie de ces lois.

Elle ne rentrent pas davantage dans le statut réel. Sans doute la faillite est une voie d'exécution, mais c'est une voie d'exécution particulière, *sui generis*. Sans doute, encore, elle a pour objet prédominant les biens du failli, mais s'en suit-il nécessairement que la loi qui la régit constitue un statut réel ? Assurément non. Rentrent dans le statut réel, les lois qui ont principalement pour objet de régler la condition juridique des biens et de fixer les droits qui peuvent les grever, ou leurs modes de transmission. Or ce que le législateur poursuit principalement dans la faillite, c'est la sauvegarde des intérêts des créanciers, d'abord par la conservation du patrimoine du débiteur, ensuite par la conversion de ce patrimoine en argent et finalement par sa répartition proportionnelle entre les ayants-droit. Voir là un règlement de la condition juridique de ce patrimoine, c'est dénaturer le sens naturel des mots.

De plus, si de l'assimilation de la faillite aux voies d'exécution ordinaires on veut induire à la réalité du statut qui la régit, il faudrait d'abord démontrer que les motifs qui font comprendre dans le statut réel les voies d'exécution, se rencontrent également pour la faillite. Et c'est ce que l'on ne fait. Si, en effet les dispositions qui régissent les voies ordinaires d'exécution rentrent dans le statut réel d'un pays, c'est parce qu'elles touchent à la constitution économique, à la transmission des biens, et au règlement des droits dont ces biens sont susceptibles. Mais lorsqu'il s'agit de faire rentrer dans la masse d'une faillite déclarée dans un Etat, des biens situés dans un autre Etat, en quoi la constitution économique de ce dernier peut-elle être affectée ? (Lyon-Caen et Renault, t. II, n° 3140, p. 931. — Stelian, p. 170 et suiv.).

Il est également inexact de considérer le jugement déclaratif de la faillite comme un acte de juridiction gracieuse, uniquement destiné à constater une situation de fait, ou comme la forme authentique d'un mandat confié aux syndics. C'est un véritable jugement rendu en matière contentieuse. Qu'il intervienne sur le dépôt du bilan du failli ou à la requête de ses créanciers, peu importe, la déclaration de faillite peut faire l'objet de graves débats entre le débiteur et les créanciers, ainsi que le prouvent les nombreuses décisions judiciaires intervenues sur les conditions requises pour la déclaration de faillite. Les syndics sont bien des mandataires, institués pour veiller à la fois aux intérêts de la masse des créanciers et à ceux du failli. C'est là, il est vrai, un effet du jugement déclaratif

de la faillite, mais ce n'est ni le seul ni le principal. Il en produit d'autres concernant la personne du failli, ses biens, et touchant la nullité et l'annulabilité de certains actes, etc.

Les pouvoirs donnés aux syndics ne sont qu'une conséquence du dessaisissement du failli ; ils ne peuvent agir qu'en procédant à une exécution véritable du jugement qui prononce ce dessaisissement. Il y a bien là, ce semble, deux intérêts contradictoires. Ah ! s'il s'agissait d'une décision rendue simplement pour instituer un syndic, et l'hypothèse peut se présenter au cas de mort ou de destitution de celui nommé par le jugement déclaratif, nous admettrions que cette décision nouvelle est de juridiction gracieuse. Le dessaisissement est opéré, c'est un fait acquis, et il ne s'agit plus que de remplacer un administrateur. Ce soin a été confié aux tribunaux, c'est vrai, mais dans ce cas ils statuent sur une demande qui n'a pas de contradicteur. On ne voit point dès lors, pourquoi les syndics étrangers ainsi désignés ne pourraient pas agir en France, à la seule condition de justifier de leurs pouvoirs comme un mandataire ordinaire.

Le jugement déclaratif de la faillite est, avons-nous dit, un véritable jugement rendu en matière contentieuse et toutes les règles, que nous avons tracées sur les effets des jugements étrangers, lui sont applicables.

Les conséquences de notre solution sont les suivantes : d'une part, tant que le jugement déclaratif étranger n'a pas été revêtu de l'*exequatur*, il ne doit produire en France aucun effet. Le failli conserve l'administration de

ceux de ses biens qui y sont situés, il peut les aliéner, les hypothéquer et les grever des droits réels. Il conserve l'exercice de ses actions, et le droit de toucher ce qui lui est dû, de même qu'il peut valablement payer ses créanciers. Ceux-ci ne perdent pas leur droit de poursuites individuelles et c'est en vain que le failli exciperait contre eux de sa situation nouvelle, en vain que les syndics étrangers voudraient opposer son incapacité. Ils ne peuvent invoquer cette incapacité ni le mandat qui leur a été confié, tant que le jugement étranger duquel ils résultent, n'aura pas été rendu exécutoire. (Paris, 31 janv. 1873, S. 74, 2, 33).

Le tribunal français devant lequel sera portée la demande en *exequatur*, devra réviser le fond et accueillir ou rejeter cette demande, suivant que la pécision étrangère aura justement ou injustement prononcé la faillite. Ainsi que nous l'avons établi, il ne lui sera pas permis de modifier en quoi que ce soit cette décision, l'*exequatur* sera accordé ou refusé pour le tout. Enfin le jugement étranger déclaratif de faillite ne pourra être déclaré exécutoire en France, lorsque ses dispositions violeront l'ordre public.

Ici se place une question qui offre un intérêt considérable. Dans l'état actuel de la législation française, la faillite avec les diverses mesures de protection qu'elle crée en faveur des créanciers, est une institution essentiellement commerciale. « Tout *commerçant* qui cesse ses paiements est en état de faillite », dit l'art. 437 du C. de com. Le législateur français a donc établi comme base

de cette institution, la distinction entre commerçants et non commerçants.

Dans beaucoup d'autres pays, au contraire, la loi soumet les non commerçants au régime de la faillite tout comme les commerçants (1).

Il se peut qu'un étranger non commerçant, déclaré en

1. La faillite des non commerçants est admise dans les législations suivantes :

Allemagne. — Il y a une loi générale sur les faillites, du 10 février 1877, en vigueur depuis le 1^{er} octobre 1879. Elle fait une assimilation complète entre les commerçants et les non commerçants. V. notes par M. Gérardin, professeur à la faculté de droit de Paris, annuaire de législ. étrangère, 1877, p. 102.

Autriche. — Loi spéciale du 25 décembre 1868, qui admet quelques différences importantes entre les faillis commerçants et les faillis non commerçants. Ainsi les premiers seuls peuvent obtenir un concordat. V. traduction par Fœlix Salles, avocat.

Grande-Bretagne. — Loi écossaise de 1856, loi irlandaise de 1874, loi anglaise du 25 août 1883. Cette dernière loi a supprimé presque entièrement les différences qu'admettait la loi de 1869, qu'elle a remplacée, entre les commerçants et les non commerçants.

Hongrie. — Loi de 1881, exécutoire à partir du 1^{er} janvier 1882 ; il n'y a que des différences peu importantes entre les commerçants et les non commerçants. V. l'analyse de cette loi par M. Bufnoir, Annuaire de lég. étr. 1882, p. 320 et s.

Etats-Unis. — Il n'y a plus de loi fédérale sur les faillites, il faut donc consulter les lois particulières aux divers Etats.

Danemark. — Lois de 1872. V. étude de M. Bauchet, agrégé à la faculté de droit de Nancy, sur la faillite dans la législation dano-norvégienne.

Suisse. — Pas de loi fédérale. Quelques cantons, ceux qui ont la législation allemande, ont la faillite de non commerçants. V. spécialement, loi du canton de Neuchâtel, 23 mai 1879, Annuaire de lég. étr. 1879, p. 640.

faillite en son pays, possède des biens en France. Il peut même arriver qu'un Français non commerçant soit mis en faillite dans l'un de ces états, s'il y a contracté des engagements qu'il ne remplit pas. Ainsi, en Angleterre, il a été jugé qu'un étranger, domicilié hors du pays et non commerçant, qui y a contracté des dettes, peut y être mis en faillite sur le fondement d'un acte de faillite par lui commis en Angleterre, bien qu'il ait quitté le pays avant que la requête tendant à la mise en faillite ait été présentée (Ainsi jugé, *ex parte Crispin, in re Crispin*. 14 mars 1873, 8^e ch. ap. 374. — J. Westlake, *rev. de dr. int. et de législ. comp.* 1874, p. 396). Il s'agit de savoir si une semblable décision sera susceptible d'être rendue exécutoire en France. La question ne s'est pas encore présentée devant nos tribunaux, et nous ne connaissons point d'auteurs qui l'aient résolue.

Nous pensons qu'une sentence étrangère qui déclare la faillite d'un non commerçant, ne peut être rendue exécutoire en France. On vient de voir en effet, que la loi française sur les faillites repose sur la distinction des non commerçants et des commerçants, que ces derniers seuls y sont soumis. C'est là une disposition d'ordre public qui devra nécessairement faire refuser l'*exequatur* à toute décision étrangère qui sera en contradiction avec elle.

D'autre part, le jugement déclaratif étranger rendu exécutoire a, en France, la même efficacité que la faillite prononcée par un tribunal français. Le failli est dessaisi de tous ses biens et frappé de certaines déchéances poli-

tiques, les poursuites individuelles des créanciers sont arrêtées et les syndics étrangers sont chargés d'administrer et de liquider, pour le compte de la masse, tous les biens du failli, meubles et immeubles, sans distinction.

Quant aux formalités de la faillite, il est de toute évidence qu'elles sont régies par la loi du pays où la faillite a été prononcée. Il en est ainsi notamment des formes et du mode de vérification des créances. Toutefois, pour déterminer si le failli était capable de contracter, ou si une créance remplit les conditions de validité voulues, il faut appliquer la loi du domicile ou celle du pays où la créance a pris naissance. De même encore, le point de savoir quels sont les moyens de preuves, à l'aide desquels on est admis à établir l'existence d'actes juridiques, se détermine d'après la loi du pays où ces actes ont été conclus.

Tout ce qui concerne la constitution de la propriété mobilière et immobilière, ses charges et ses démembrements, rentre dans le statut réel, et, de ce chef, est régi par la loi de la situation des biens. En conséquence, bien que le jugement déclaratif étranger ait été rendu exécutoire en France, seront seuls admis sur les biens qui y sont situés, les privilèges et hypothèques reconnus par la loi française (V. le vœu exprimé par le Congrès de Turin de 1880, et projet, art. 4).

Enfin, quand aux formes de la vente des biens du failli, elles sont également régies par la loi du pays de leur situation. *Locus regit actum*.

Il s'en suit que si après l'union ou ce qui correspond

à l'union dans la loi étrangère, le syndic veut procéder à la vente des immeubles que le failli possède en France, il lui faudra se conformer aux conditions et formalités exigées par la loi française pour ces sortes de vente. (Ce système est également enseigné par nos savants maîtres, MM. Lyon-Caen et Renault, dans leur *Précis de droit commercial*, II, p. 926 et suiv. — V. Stélian, Thèse pour le doctorat, Paris, 1885, *la faillite, étude de législation comp. et de dr. intern.*).

Cependant, même après l'*exequatur* du jugement déclaratif étranger, toutes difficultés ne sont pas écartées.

Ainsi il peut paraître exorbitant que le jugement étranger qui a prononcé la faillite d'un commerçant et auquel un tribunal français a conféré la force exécutoire, produise en France des effets aussi complets. Lorsqu'un jugement étranger ordinaire est déclaré exécutoire, la procédure est dirigée contre un individu, qui a été partie au procès qui s'est déroulé à l'étranger; c'est contre cet individu que l'on veut exécuter le jugement dont l'*exequatur* est demandé. Lorsqu'au contraire, on veut exécuter en France un jugement étranger déclaratif de faillite, on apporte une exception à la règle *res inter alios judicata aliis neque nocet neque prodest*. En un mot, on lui fait produire effet, non-seulement à l'égard des parties qui ont figuré au procès, mais d'une façon absolue envers et contre tous, même ceux qui n'y ont point été parties, et cela sans distinguer s'il a été rendu d'office ou à la requête d'un ou de quelques-uns des créanciers.

Nous ferons d'abord remarquer qu'il sera toujours per-

mis aux intéressés de se pourvoir contre la sentence d'*exequatur* par tierce-opposition.

Puis ces dérogations au droit commun, admises en matière de faillite, sur les effets des jugements, habituellement restreints aux parties litigantes, existent dans toutes les législations où cette matière a été réglementée. Les raisons qui les ont inspirées, sont tirées de la nature même de la faillite.

A la différence des conventions civiles qui interviennent entre quelques individus seulement, et dont l'exécution ne peut porter atteinte qu'à la fortune des contractants eux-mêmes, les conventions commerciales ont des effets bien plus étendus. Le commerce n'est florissant qu'à la condition de faire de grandes et nombreuses opérations et nécessite par suite des transactions rapides et multiples. Cette multiplicité et cette étendue dans les affaires ne peuvent être atteintes que grâce au crédit, qui est lui-même basé sur la confiance que fait naître la ponctuelle exécution des engagements contractés. Par suite de ce lien étroit que crée le commerce entre tant d'intérêts divers, la ruine d'un commerçant atteint non pas seulement quelques fortunes particulières, mais un grand nombre de commerçants, et la fortune publique elle-même en subit le contre-coup. Il devenait donc nécessaire de créer une protection particulière pour le crédit commercial et d'atténuer autant que possible les conséquences, désastreuses pour les créanciers, de la ruine de leur débiteur. C'est ce but que le législateur s'est proposé lorsqu'il a édicté les lois de la faillite. Or, parmi les

mesures qu'il a prises dans l'intérêt général des créanciers, il y a précisément celle qui consiste à donner à un jugement rendu quelquefois sur les poursuites d'un ou de plusieurs créanciers, quelquefois sur le dépôt du bilan du failli, des effets vis-à-vis de personnes qui n'y ont pas été parties. Ce caractère que la loi française attache au jugement déclaratif de faillite, qui émane d'un juge français, doit-il disparaître lorsqu'il s'agit d'un jugement étranger déclaré exécutoire en France ? Assurément non, les motifs qui ont inspiré le législateur existent. Puis lorsque l'*exequatur* est demandé, le tribunal français doit réviser la déclaration de faillite, il apprécie si elle a été dûment ou indûment prononcée et la consécration qu'il lui donne la rend l'égale d'une faillite française.

On peut objecter que la situation n'est pas identique. Lorsque la faillite a été prononcée par un tribunal français, la loi, dans l'article 442, C. com., prescrit certaines mesures de publicité destinées à avertir les tiers du changement survenu dans la capacité du failli relativement à ses créanciers. Si donc, au mépris de cet avis, ils contractent avec lui, et s'ils voient les actes qu'ils ont ainsi passés, attaqués par le syndic, ils ne pourront s'en prendre qu'à leur imprudence. Par contre, lorsque la faillite résulte d'un jugement étranger, déclaré exécutoire en France, on ne peut reprocher aux individus qui habitent la France, ni faute ni imprudence, car si à l'étranger la loi a également institué une publicité, cette publicité ne sort pas du territoire de l'Etat. Ils subiront ainsi les conséquences d'une situation qu'ils n'ont pu connaître.

Nous ne le nions pas, mais nous n'en persistons pas moins dans notre manière de voir. Le tribunal français, qui a le pouvoir de réviser une sentence étrangère, ne peut la réformer ni la modifier ; il lui faut, ou l'accepter ou la rejeter dans son ensemble. Par suite, en rendant exécutoire en France un jugement déclaratif étranger, le juge français en admet toutes les conséquences, pourvu, toutefois, qu'elles ne soient point contraires à l'ordre public. De plus, l'objection tombe devant cette considération que les effets de la faillite sont indépendants de la publicité. Enfin, les tiers intéressés auront toujours un moyen de recours contre la sentence d'*exequatur*.

Merlin, au contraire, pense qu'il faut prendre en considération la bonne foi de la personne qui traite avec le failli dans un pays autre que celui où le jugement déclaratif a été rendu (Rep. v^o faillite, II, 2, 10. — Aubry et Rau, I, § 31, notes 35-39).

Dans toutes les législations, le jugement déclaratif produit des effets dans le passé. Certains actes faits par le failli même avant la déclaration de faillite sont frappés de nullité. Mais toutes ne s'accordent pas sur les conditions de cette nullité.

Il se pose dès lors une double question : la déclaration de faillite étrangère rendue exécutoire peut-elle entraîner la nullité de ces actes faits par le failli en France pendant la période suspecte ? Si oui, quelle loi faut-il appliquer ? Celle du lieu où la faillite a été déclarée ou celle du pays où l'acte a été fait ?

Sur la première question, l'affirmative n'est pas dou-

teuse. En effet, sont frappés de nullité, dans l'intérêt de la masse, certains actes par lesquels le failli qui sent sa ruine imminente, veut enlever tout ou partie de son patrimoine à ses créanciers, ou avantager l'un d'eux au détriment des autres. Pourquoi ces actes, qui sont frauduleux ou du moins présumés tels, seraient-ils plus favorisés, auraient-ils plus de valeur lorsqu'ils sont commis par un failli étranger que lorsqu'ils le sont par un failli français ? Ou bien ce sont des actes à titre gratuit et le bénéficiaire s'enrichirait aux dépens de la masse sans aucun sacrifice de sa part, ou bien ce sont des paiements faits dans des conditions telles qu'il en résulte l'intention évidente de soustraire un ou plusieurs créanciers à la loi commune. Valider des actes semblables, serait contraire à l'équité en même temps qu'à la loi qui attache au jugement étranger déclaré exécutoire la même force qu'à un jugement français.

Sur la seconde question, c'est la loi du lieu de la faillite qui doit être appliquée. En général, il est vrai, les conditions de validité d'un acte sont déterminées par la loi du pays où il a été accompli, mais il s'agit ici de nullités d'une nature spéciale. Elles sont une conséquence immédiate du jugement déclaratif auquel la loi attribue en quelque sorte une rétroactivité ; elles ne se rattachent pas aux conditions intrinsèques exigées pour la validité des actes. (Voir Lyon-Caen et Renault, t. II, n° 3142. — Asser et Rivier, *Eléments de droit international*, pr., n° 127. — Carle et Dubois, n° 44 et note 95. — Voir également art. de M. Renault, *Droit*, des 11 et 12 décembre 1880).

Nous avons jusqu'ici raisonné, en prenant comme point de départ, cette idée que le jugement étranger déclaratif de faillite pouvait être déclaré exécutoire. Mais est-il bien certain que l'*exequatur* d'un pareil jugement puisse être accordé en France ?

A priori cette question paraît étrange. Partant en effet du principe que nous avons posé avec la jurisprudence, sur les effets des jugements étrangers, on conçoit très bien que les tribunaux français puissent se demander, après examen des diverses circonstances de la cause, si la faillite a été justement ou injustement prononcée ; et que s'ils l'estiment contraire à l'équité, ils refusent l'*exequatur*. Mais dans le cas contraire il n'était jamais venu à l'idée de personne que ce jugement ne pût jamais être déclaré exécutoire en France.

Cependant une décision du tribunal civil de la Seine, du 26 juillet 1877 (*Gazette des tribunaux* du 29 juillet 1877), sans examiner si une faillite déclarée par arrêt de la Cour de Londres l'avait été sur des motifs sérieux, refusa de rendre cette sentence exécutoire, en motivant son refus sur ce que son exécution eût compromis l'ordre public français.

D'une part, dit le tribunal de la Seine, les lois qui organisent la faillite ont pour but d'assurer le crédit public et dès lors sont essentiellement des lois de police et de sûreté. Or ces lois sont applicables aux étrangers domiciliés ou simplement résidant sur le territoire français (art. 3 C. C.). De plus, l'art. 14, dans le but de protéger le Français, lui permet de s'adresser à ses juges nationaux pour

obtenir, contre l'étranger non résident, l'exécution de ses engagements. D'où il résulte qu'il peut aussi s'adresser à eux pour faire déclarer la faillite de cet étranger, au cas où il aurait cessé ses paiements. Et comme ce sont là des droits puisés dans une loi de police et de sûreté, ils intéressent l'ordre public. Or la reconnaissance en France, de la faillite étrangère, porterait atteinte à ces droits, parce qu'une personne ne saurait être déclarée simultanément deux fois en faillite.

Ce raisonnement est à la fois illogique et faux dans son point de départ.

Supposons un instant, avec le tribunal de la Seine, que les lois de la faillite soient des lois de police et de sûreté. Dans le cas où l'étranger n'a en France ni domicile ni résidence, ce ne sera pas en vertu de l'article 3 du Code civil que ces lois lui seront applicables. Les créanciers français ne pourront les invoquer qu'en usant du bénéfice que leur accorde l'article 14 du Code civil, et seulement parce que la déclaration de faillite n'est qu'un moyen d'assurer l'accomplissement des engagements d'un débiteur. Or il est universellement reconnu que le droit, accordé aux Français par cet article 14 du Code civil, est un droit purement privé auquel il leur est permis de renoncer.

Puis la loi sur les faillites n'est pas une loi de police et de sûreté, il ne suffit pas pour qu'une loi soit ainsi qualifiée, qu'elle ait été dictée par des motifs d'intérêt général et instituée dans le but d'assurer le crédit public, car, dans ce cas, presque toutes les lois devraient être consi-

dérées comme telles. « Les lois de police et de sûreté, disent Aubry et Rau, (t. I, § 31, p. 8), sont toutes « celles qui ont pour objet la sûreté des personnes ou des « propriétés et le maintien du bon ordre. » La loi des faillites n'est sûrement pas de ce nombre. Qu'elle ait pour objet de faciliter les transactions entre commerçants et d'assurer le crédit public, nous n'en disconvenons pas, mais elle ne touche en rien à la conservation sociale. Cette loi renferme, il est vrai, quelques dispositions pénales qui rentrent dans l'esprit comme dans les termes de l'article 3, Code civil, mais ce ne sont là que des dispositions accessoires qui ne peuvent déterminer le caractère d'une loi (Rippert, *Revue critique de législ.* 1877, p. 705 et s.).

Examen de la jurisprudence. — Étant admis le principe posé par la jurisprudence, que le jugement étranger est dénué d'effet en France, tant qu'il n'a pas été rendu exécutoire, il était d'une logique rigoureuse de l'appliquer, ainsi que nous l'avons fait, au jugement déclaratif.

C'est en vertu de ce principe, qu'il a été décidé par la cour de Colmar, dans un arrêt du 11 mars 1820 (D. R., v° droits civils, n° 467, 2), que l'étranger déclaré failli et interdit dans son pays, n'est ni failli, ni interdit en France; d'où il suit que ses créanciers français peuvent exercer des poursuites contre lui personnellement devant les tribunaux français, sans que son incapacité puisse leur être opposée par les syndics étrangers, qui sont sans qualité pour le représenter en France (V. aussi Req. 29 août 1826, *eod.* V° n° 467, 3).

De même, un jugement du tribunal de la Seine, du 30 juillet 1872, confirmé par la cour de Paris, a décidé que les syndics, nommés par un jugement étranger, ne peuvent exercer aucun des pouvoirs qui leur sont conférés par ce jugement. Ils ne peuvent même pas prendre, dans l'intérêt de la masse, des mesures conservatoires, la généralité de ces expressions : *ne sont susceptibles d'aucune exécution*, n'admettant pas d'exception et s'appliquant aux actes conservatoires comme aux autres, puisqu'ils procèdent tous du jugement étranger. (Paris, 31 janvier 1873, S. 74, 2, 33, et la note de Dubois au bas de l'arrêt, *adde*, Trib. com. de la Seine, 29 juin 1881, *Journ. d. dr intern. pr.* 1883, p. 50. — Bordeaux, 25 mars 1885; et Paris, 10 nov. 1886, *eod.* 1887, 10 et 11).

De même encore, la cour d'Aix, dans un arrêt du 15 mars 1870, a décidé que la règle d'après laquelle la compétence appartient, en matière de faillite, au juge du domicile du failli, ne s'applique qu'aux faillites déclarées en France. Par suite, le Français qui a traité en France avec un étranger conserve, même dans le cas où celui-ci a été déclaré en faillite dans son propre pays, le droit de le citer devant les tribunaux français, notamment en validité d'une saisie-arrêt. (Aix, 15 mars 1870. D. P. 70, 2, 204. — Req. rejet. 12 nov. 1872, D. P. 74, 1, 168).

Mais ce n'est pas là le sentiment de la majorité des arrêts. La faillite, en effet, met en jeu des intérêts considérables, qui se trouvaient complètement sacrifiés par ces décisions, et sous peine de créer de graves embarras au commerce et à l'industrie, la jurisprudence s'est vue dans

la nécessité de traiter avec plus de faveur les jugements étrangers déclaratifs de faillite. Elle leur reconnaît une certaine efficacité même avant qu'ils aient été rendus exécutoires. Mais, comme toutes les fois que les tribunaux ont oublié leur rôle d'interprète et ont voulu combler les lacunes de la loi ou corriger ses imperfections, leurs décisions manquent d'uniformité parce qu'elles reposent sur des bases incertaines et arbitraires.

Une première hypothèse dans laquelle le doute n'est pas possible, c'est lorsqu'un créancier français a reconnu et accepté le fait de la faillite, en produisant pour sa créance, et le mandat confié aux syndics par le jugement étranger, en exerçant des poursuites contre eux, en leur qualité de syndics. Ce créancier sera mal venu à contester ensuite l'un et l'autre fait. C'est ce qui a été formellement décidé par un arrêt de cassation du 30 novembre 1868. « At-
« tendu que la cour de Paris, dans l'arrêt attaqué, n'a
« nullement jugé, comme le suppose à tort le pourvoi,
« qu'un jugement déclaratif de faillite rendu en Angle-
« terre était de plein droit exécutoire en France. Qu'il a
« seulement ordonné l'exécution d'un contrat judiciaire
« émané des demandeurs en cassation eux-mêmes ; qu'il
« résulte, en effet, des constatations du dit arrêt, que les
« demandeurs ont constamment reconnu le fait de la fail-
« lite Straham ; qu'ils ont produit à la faillite en Angle-
« terre, qu'ils ont provoqué et obtenu contre les syndics
« de cette faillite, devant le tribunal de la Seine et la
« cour de Paris, le jugement du 17 janvier 1863 et l'arrêt
« du 2 mai 1864 qui les déclarent créanciers des mêmes

« syndics, jusqu'à concurrence d'une certaine somme ;
« que c'est en vertu du jugement précité, plus tard con-
« firmé en appel, que les sieurs Bischoffsheim ont formé
« la saisie-arrêt du 9 février 1863, dont ils poursuivent la
« validité contre la faillite Straham : Attendu que la fail-
« lite crée une situation individuelle qui ne permet à au-
« cun tribunal, autre que celui devant lequel existe la
« faillite, d'intervenir pour régler les droits des divers in-
« téressés, etc. » (Cass. 20 nov. 1868. D. P. 63, 1, 194.
— Trib. de la Seine, 21 avril 1875. *Journal de Dr. int.*
pr. 1876, p. 181).

Pour certains, cet arrêt aurait une grande portée, quoique, en effet, ce ne fut pas la véritable question qu'il eut à trancher, il proclamerait dans l'un de ses considérants, le principe de l'unité et de l'universalité de la faillite. Nous ne partageons pas ce sentiment. Il nous paraît certain que la Cour de Cassation n'a pas admis ce principe d'une façon absolue et générale, mais seulement dans l'hypothèse sur laquelle elle était appelée à statuer.

La reconnaissance et l'acceptation de la faillite étrangère par le créancier français, ne résulteront pas toujours et nécessairement du fait d'avoir produit à cette faillite. En tous cas, elles ne peuvent emporter renonciation de sa part à traduire son débiteur devant les tribunaux français que lorsque cette renonciation et cette acceptation ressortiront clairement des circonstances de la cause. Ce sont de pures appréciations de fait laissées à la sagesse des tribunaux (Bordeaux, 2 juin 1874, D. P. 1875, 2, 209).

Au cas où la faillite étrangère n'a pas été reconnue et acceptée par les créanciers français, la jurisprudence fait une distinction. Le fait de la faillite et la nomination des syndics sont contestés devant les tribunaux français, ou bien ils ne sont pas contestés.

Si la faillite est contestée, l'*exequatur* devient nécessaire pour que le jugement déclaratif puisse produire effet en France et notamment pour qu'il soit opposable aux créanciers et que les syndics puissent exercer leurs fonctions. (Civ. rej. 21 juin 1870, D. P. 71, 4, 295. — Trib. Seine, 21 déc. 1877, *Journal de dr. intern. pr.*, 78, p. 376).

Si la faillite n'est pas contestée, le jugement déclaratif est opposable aux créanciers et la qualité des syndics sera reconnue en France, même avant l'*exequatur*.

Voici par quel raisonnement elle arrive à ce résultat. Le jugement déclaratif n'est pas un véritable jugement, entraînant des mesures d'exécution sur la personne et les biens du failli, mais simplement un acte de juridiction gracieuse, volontaire, constatant le mandat donné aux syndics de gérer et liquider le patrimoine du failli dans l'intérêt des créanciers. En conséquence, les syndics nommés par jugement d'un tribunal étranger ont, en France même avant l'*exequatur*, qualité pour procéder aux mêmes actes qu'ils auraient le droit de faire dans le pays où la faillite a été prononcée. Ils ont qualité, notamment, pour représenter le failli dans toutes les actions tant actives que passives qui peuvent l'intéresser, résister à celles qui sont dirigées contre lui par ses créanciers,

poursuivre contre ses débiteurs le recouvrement des sommes qui lui sont dues. Le jugement déclaratif n'a pas plus besoin pour l'exercice de ces actions, de l'*exequatur* français, que n'en aurait besoin un acte reçu par un officier public étranger qui constituerait un mandataire privé. S'il est vrai que ces actions peuvent avoir pour conséquences des mesures d'exécution affectant la personne et les biens d'un Français, ces conséquences découlent directement du jugement français qui a statué sur la contestation, et non du jugement déclaratif. (Cass., 21 juin 1870 et Bordeaux, 2 juin 1874, précités. — Aix, 8 juillet 1840, D. R. v^o droits civils, n^o 474, 1. — Bordeaux, 22 décembre 1847, *Journal des arrêts*, t. XXII, p. 603. — Colmar, 10 fév. 1864. S. 64, 2, 122. — Cass., 30 nov. 1868. S. 69, 1, 267. — Paris, 23 mars 1869. D. P. 69, 2, 172. — Paris, 22 fév. 1872. D. P. 72, 2, 107. — Paris, 28 mars 1873, *Journal de dr. int. pr.*, 1875, p. 18. — Paris, 14 déc. 1875. S. 76, 2, 70, et *J. de dr. int. pr.*, 77, p. 144. — Trib. de la Seine, 19 janv. 1876. *J. de dr. int. pr.*, 1877, p. 144. — Trib. de comm. de Marseille, 7 déc. 1876, et 20 déc. 1876, *J. de dr. int. pr.*, 1877, p. 423 et 424. — Paris, 20 janv. 1877. D. P. 77, 2, 67. — Paris, 7 mars 1878. S. 79, 2, 164 et *J. de dr. int. pr.*, 78, p. 606. — Trib. de la Seine, 11 mars 1880. *J. de dr. int. pr.* 1880. p. 195. — Toulouse, 17 avril 1883, *J. de dr. int. pr.* 83, p. 161.

On a reconnu également que le jugement déclaratif étranger fait foi, jusqu'à preuve du contraire, des faits qu'il constate, notamment de l'existence de la faillite et

de la date de son ouverture. (Bordeaux, 10 février 1824, J. du Palais XVIII, p. 442, et les arrêts précités).

Pour compléter cette revue de la jurisprudence française, nous croyons utile d'examiner une question sur laquelle se sont élevées quelques difficultés et sont intervenues quelques décisions récentes. Une loi anglaise, du 7 août 1862 (*Eléments de droit civil anglais*, par E. Lehr, n° 846, p. 600), dans son article 87, établit pour les sociétés, en Angleterre, un mode de liquidation judiciaire qui remplace la faillite. Cette liquidation judiciaire est ordonnée par la Cour de chancellerie, qui nomme en même temps un mandataire chargé d'y procéder. Une décision anglaise ordonnant une semblable mesure équivaut-elle en France à une déclaration de faillite et met-elle obstacle, une fois rendue exécutoire, à la mise en faillite, par les tribunaux français, de la même société ?

La question s'est plusieurs fois présentée, et la cour d'Aix, dans différents arrêts, a constamment décidé que les décisions de la Cour de chancellerie d'Angleterre, statuant sur la mise en liquidation d'une société, ne devaient pas être considérées comme prononçant une faillite régulière ; par suite, que leur *exequatur* ne pouvait pas empêcher une déclaration de faillite par les tribunaux français. En effet, il ressort uniquement de ces décisions la preuve que la société poursuit sa liquidation judiciaire, ce qui n'a rien de commun avec la faillite organisée par nos lois, sinon le but d'arriver à la liquidation. Mais cette organisation ne nous offre point les garanties constituées par nos lois pour protéger les intérêts de la masse, et pour

assurer l'observation des règles d'égalité et de justice dans la répartition des biens du failli entre tous ses créanciers. (Aix, 15 mars 1870, S. 70, 2, 297. — 30 novembre 1880, *J. de dr. int. pr.* 1881, p. 363. — 3 avril 1884, *cod. loco*, 1885, p. 81. — C. f. arrêt du conseil d'Etat, 8 mars 1884, *cod.*, 1884, p. 511).

La cour de Paris, au contraire, dans un arrêt du 13 août 1875 (*J. dr. int. pr.* 1877, p. 40), admet que la liquidation judiciaire d'une société, prononcée en Angleterre, conformément à la loi de 1862, doit être considérée en France comme une véritable déclaration de faillite et y produire ses effets en conséquence.

Cette dernière décision est, à notre avis, plus conforme à la vérité. En effet, la liquidation judiciaire est la véritable faillite anglaise des sociétés et, en réalité, elle ne diffère pas essentiellement des dispositions du C. de com. français en matière de faillite. La société est dessaisie de l'administration de ses biens, et la liquidation et la répartition de l'actif se font par un liquidateur officiel, sous la surveillance de la justice; l'égalité de condition entre les créanciers est également assurée.

§ 2. *Le commerçant failli a deux maisons de commerce, l'une à l'étranger, l'autre en France.*

La question est plus complexe, lorsque le commerçant déclaré en faillite par un tribunal étranger a deux établissements de commerce, l'un à l'étranger et l'autre en

France. Dans cette hypothèse, devra-t-il y avoir une seule faillite et par suite le jugement déclaratif étranger pourra-t-il être rendu exécutoire en France, ou bien devra-t-il y avoir autant de faillites que d'établissements ?

Examinons d'abord ce qui se passerait si le commerçant qui cesse ses paiements a plusieurs établissements commerciaux ou industriels situés en France.

Dans cette hypothèse, et lorsqu'il n'y a qu'une seule exploitation fonctionnant au moyen de magasins ou d'usines situés en diverses localités, l'unité de la faillite est universellement admise.

Le doute pourrait exister lorsqu'il y a deux ou plusieurs exploitations absolument distinctes l'une de l'autre. Dans ce cas, la jurisprudence tend à admettre qu'il peut y avoir plusieurs faillites prononcées séparément et fonctionnant simultanément pour la même personne. « At-
« tendu, dit la cour de cassation, (ch. req. 23 août 1853,
« D. P., 1855-1859), qu'aucune disposition du code de
« commerce ne s'oppose à ce qu'un même commerçant
« devienne l'objet d'une double déclaration de faillite
« dans deux endroits différents et pour des opérations de
« commerce distinctes, sauf à la justice à régler ulté-
« rieurement, dans l'intérêt des créanciers et du failli, le
« mode à suivre pour l'administration des biens et le
« règlement des faillites ainsi déclarées. » (V. également
ch. req. 1875, S. 77, 1341. Alauzet, VI, n° 2430.)

Cette solution nous paraît erronée. Il est, en effet, certain que le tribunal du domicile du failli est seul compétent pour prononcer la faillite (art. 438 C. com.). Il en

résulte que pour le même individu, il ne peut y avoir qu'une seule déclaration de faillite et qu'une seule procédure, puisqu'il n'y a qu'un domicile. Cette conclusion est conforme aux principes et au but poursuivi par le législateur lorsqu'il a créé cette institution. Celle-ci, en effet, a été organisée précisément pour substituer une procédure unique aux diverses procédures que pourraient engager les créanciers, et pour assurer l'application de règles uniformes aux intérêts en conflit. Permettre la coexistence de plusieurs faillites, c'est méconnaître complètement ce but et ces principes. Car il résulterait, non seulement une augmentation de frais, mais encore des complications nombreuses et impossibles à résoudre, sans compter la contrariété des jugements. Il faut donc admettre que lorsqu'un individu se trouve à la tête de plusieurs entreprises commerciales ou industrielles, il ne peut être déclaré en faillite que par le tribunal de son domicile commercial, c'est-à-dire du lieu où est situé son principal établissement. Que ce dernier soit quelquefois difficile à déterminer, cela peut être, mais ce sera là une question de fait qu'il appartient aux tribunaux de résoudre (Lyon-Caen et Renault, *op. cit.* 2181 et 2182. — Bravard. t. V, p. 43. — Boistel, *op. cit.* n° 899).

La solution devra-t-elle être la même lorsque les maisons de commerce ou les entreprises industrielles, à la tête desquelles se trouve le failli, sont situées l'une en France, l'autre dans un pays étranger ?

Parmi les anciens auteurs, les uns posaient en principe que tous les biens d'un débiteur sont le gage commun de

tous ses créanciers, et ils en concluaient qu'il ne devait y avoir qu'une seule déclaration de faillite même en cette hypothèse, parce qu'aucune loi n'accorde aux créanciers de préférence fondée sur la diversité des affaires auxquelles ils ont pris part (Ansalde, *op. cit.*).

D'autres enseignaient que, lorsqu'un individu a plusieurs maisons de commerce, même situées dans le même Etat, il devait y avoir autant de déclarations de faillite que d'établissements, si les créanciers étaient distincts pour chacun d'eux. Ils donnaient pour raison que les créanciers font crédit à la marchandise plutôt qu'au commerçant, *unusquisque creditor, magis merci quam mercatori credidit* (Stracca, *Tractatus de decoctoribus*, dernière partie, nos 20, 21, 22).

C'est cette dernière opinion qui a prévalu parmi les auteurs modernes. La plupart de ces auteurs estiment, que si un commerçant a deux maisons de commerce, l'une en pays étranger, l'autre en France, la faillite prononcée en pays étranger ne saurait jamais avoir pour effet de réagir sur la maison de France, même à l'égard des représentants du failli en France. Ceux-ci ne seraient pas tenus de reconnaître les syndics nommés en pays étranger, alors même que l'*exequatur* du jugement déclaratif eût été obtenu, il faudrait une déclaration de faillite spéciale à la maison française. (Massé, *op. cit.*, n° 810. — Demangeat sur Foelix, n° 468. — Bonfils, *op. cit.*, n° 249. — Thomas, *op. cit.*, p. 100. — Fiore, *op. cit.*, n° 175. — Merlin, rep. v° *faillite*, sect. II, § 2, art. 10, et l'arrêt de Bruxelles, du 6 juin 1816, rapporté. — Colmar, 27 août

1816, C. N. 5, 2, 193. — Paris, 23 décembre 1847, D. P. 48, 2, 3. — Trib. com. Seine, 18 août 1875. *Journal de droit intern. pr.*, 1876, p. 455. — Paris, 7 mars 1878. — S. 79, 2, 164).

M. Carle, et avec lui M. Dubois, estiment qu'il faut distinguer deux cas : celui où le même commerçant est associé dans des établissements distincts, situés dans des pays différents, et celui où soit le même individu, soit la même société, a ouvert deux établissements dans des états différents.

Dans le premier cas, il y aura autant de faillites que d'établissements dans lesquels est associé le commerçant, et cela alors même que la faillite de l'un eût entraîné la faillite de l'autre. Cela résulte de la force des choses. (Pardessus, *op. cit.* nos 976 et 1094).

Dans le second cas, le principe de l'unité et de l'universalité de la faillite doit être maintenu, que les établissements situés dans les Etats différents soient distincts et aient chacun une administration séparée, ou que l'un de ces établissements soit principal par rapport à l'autre, qui n'est que succursale, peu importe. Dans l'un comme dans l'autre cas une seule faillite sera déclarée, car il ne peut y avoir plus de faillites qu'il n'y a de personnes à mettre en faillite. (Carle, *op. cit.* n° 21 ; Dubois, note 47 et 49).

Nous pensons que la solution doit être différente, suivant que les établissements appartenant à la même personne et situés dans des pays divers, ne forment aux yeux de tous qu'un seul et même établissement, l'un étant principal et l'autre simple succursale; ou suivant

que ces établissements sont distincts l'un de l'autre, de telle sorte que les créanciers respectifs n'ont pu prendre en considération que la situation commerciale de chacun d'eux.

Dans la première hypothèse, la faillite de l'établissement principal, déclarée à l'étranger, entraînera en France celle de la succursale. Elle y produira tous ses effets, pourvu, bien entendu, que le jugement déclaratif ait été rendu exécutoire. Ceux qui ont traité en France avec la succursale, ne pouvaient ignorer que toutes les opérations étaient faites pour le compte de la maison étrangère. Les deux établissements sont dans une dépendance absolue l'un vis-à-vis de l'autre, et si l'un s'écroule, l'autre ne peut rester debout. Ils seront donc soumis nécessairement à une même faillite. Les créanciers français n'ont pas eu seulement et principalement confiance en la maison française, s'ils ont accordé un crédit c'est à la maison étrangère, où se concentrent toutes les opérations. Ils seraient dès lors mal venus à vouloir se créer une situation spéciale et à séparer leur sort de celui des créanciers étrangers.

Dans la seconde hypothèse, au contraire, la déclaration de faillite prononcée à l'étranger ne pourra avoir effet sur la maison française. Car les créanciers n'ont eu en vue qu'un seul établissement, c'est en lui, en sa prospérité, dans la marche apparente de ses affaires qu'ils ont eu confiance, et il serait injuste de faire rejaillir sur eux les conséquences funestes des autres entreprises du même commerçant. Le manque d'équilibre survenu dans un

établissement commercial crée un nouvel ordre de rapports juridiques entre les intéressés, il ne serait pas juste que ce nouvel état, particulier à l'un des établissements, pût influencer sur les destinées de l'autre. Sans doute, par le force même des choses, il arrivera presque toujours que la ruine de la maison étrangère jettera le trouble dans les affaires de la maison française ; mais le fait accidentel, que toutes les deux sont représentées par le même individu, ne suffit pas à confondre leur sort de telle façon que les débiteurs ou les créanciers de l'une deviennent débiteurs ou créanciers de l'autre. « Ainsi, dit M. Norsa, tout ce qui « tient à la maison faillie est attiré dans son orbite, l'au- « tre, être représenté par le failli demeurant debout au « milieu des ruines, comme ferait tout autre établisse- « ment représenté par une autre personne. Mais s'il est « vrai que la déclaration de faillite ne puisse pas avoir « pour effet de faire entrer, dans la masse créancière, les « créanciers d'un établissement distinct, bien que repré- « senté par le même failli, il est clair que réciproque- « ment les intéressés et les débiteurs de cet autre éta- « blissement ne doivent pas entrer dans l'actif de la mai- « son faillie. Ainsi le jugement qui déclare la faillite d'une « maison de commerce, ne frappe pas à l'étranger la maison « de commerce gérée sous une forme distincte par le même « négociant, alors même que l'on parviendrait à faire dé- « clarer le jugement exécutoire dans cet autre pays ; il « faut dans ce dernier cas une déclaration de faillite spé- « ciale ». (Norsa, *op. cit.*, n° 175. Fiore, *dr. intern. pr.*, n° 369. Thomas, p. 102 et suiv. V. en ce sens, Or-

léans, 27 mars 1885, *Journal de dr. intern. pr.*, 1885, p. 178).

§ 3. — *Quel est le tribunal français compétent pour connaître de la demande d'exequatur ? Procédure.*

Compétence. — Pour compléter cette étude, il nous paraît indispensable de rechercher à quel tribunal français il appartient de rendre exécutoire les jugements étrangers déclaratifs de faillite. Est-ce le tribunal civil ou le tribunal consulaire qui est compétent ? La question se pose ordinairement d'une façon plus générale, à propos de tous les jugements commerciaux.

Dans un premier système, les tribunaux de commerce sont seuls compétents pour connaître de l'*exequatur* des jugements rendus par les tribunaux de commerce étrangers.

La révision, même restreinte aux proportions que lui assignent ceux qui renferment dans des bornes étroites le pouvoir des tribunaux français, établit un débat commercial dans les affaires de commerce. Ne s'agit-il pas en effet de vérifier : 1° si les principes d'ordre public constitutifs de notre législation commerciale ont été respectés ; 2° si le magistrat étranger qui a statué était compétent et si la contestation reposait en réalité sur un trafic de marchandises ; 3° enfin si la sentence est définitive et sans recours utile. Or, toutes ces questions, quand elles s'agissent *entre commerçants* pour fait de leur commerce, revê-

tent une teinte commerciale et participent de cette matière exceptionnelle qui justifie en général la compétence consulaire.

Et si, avec la jurisprudence française, on accorde à nos tribunaux un droit de révision absolue, *a fortiori*, doit-on donner aux tribunaux de commerce la connaissance des demandes d'*exequatur* des jugements commerciaux étrangers? Il ne s'agit plus, en effet, d'une simple question d'exécution, le fond même de l'affaire est soumis à l'appréciation du juge français, et l'instance qui s'est déroulée devant le tribunal étranger est reprise devant lui avec tous ses développements. Dès lors, par leurs connaissances spéciales des lois et usages commerciaux, les juges consulaires sont plus aptes que les juges civils à apprécier les difficultés essentiellement commerciales.

Enfin, la généralité des termes des articles 2123 C. C. et 546 C. proc. c. démontre que la loi ne veut pas exclure la compétence des tribunaux de commerce. (Chauveau sur Carré, *Lois de la procédure civ.*, quest. 1900 bis. — Nougier, *Des tribunaux de comm.*, t. II, p. 452. — Demangeat, sur Fœlix, *op. cit.*, II, p. 99 à 101, note *a*. — Bonfils, *op. cit.*, n° 277. — Gouget et Merger, *Dict. de dr. comm.* V. jug. étr., n° 10. — Colmar, 13 janvier 1815. — Montpellier, 8 mars 1822, D. R. V. *Droits civils*, n° 459. — Colmar, 17 juin 1847, D. P. 48, 2, 106).

Cette doctrine doit être rejetée. Elle méconnaît les principes qui régissent la compétence commerciale et le véritable objet de la demande d'*exequatur*.

Les tribunaux de commerce sont des tribunaux d'exception, dont la compétence est restreinte aux seules actions spécialement désignées par les articles 634 et 632 C. com. et quelques autres dispositions disséminées dans le même code. Leurs attributions consistent uniquement à trancher les difficultés qui surgissent entre commerçants, et à connaître de toutes contestations relatives aux actes de commerce. Tout ce qui ne leur est pas spécialement soumis par ces textes, est par là même distrait de leur juridiction. Or, aucun texte de loi ne leur donne la connaissance des demandes d'*exequatur*.

En vain, l'on prétend que le droit de révision étant admis, le fond de l'affaire est remis en question, et que par suite de leurs connaissances spéciales des lois et usages commerciaux, les juges consulaires sont mieux à même de juger les contestations commerciales. Ce raisonnement repose sur une erreur. Ainsi que nous l'avons vu plus haut, la question principale, soumise aux tribunaux français, bien que leur droit d'examen soit réservé, n'en reste pas moins celle de savoir si le jugement doit ou non être déclaré exécutoire. C'est là l'objet véritable de la demande, objet qui caractérise l'action. Quant à l'examen du fond, il n'a lieu que comme moyen de reconnaître si la demande en *exequatur* est ou non fondée. Ce n'est plus l'objet principal et dominant du débat. Ce qui domine, c'est l'action de la souveraineté nationale exerçant un contrôle sur la décision émanée de l'autorité étrangère. Or, nulle part la loi ne délègue cette action aux tribunaux de commerce. Lorsque dans l'article 2123 C.

C., elle investit de ce pouvoir les tribunaux français, il est bien évident que cette disposition s'applique exclusivement aux tribunaux de droit commun, c'est-à-dire aux tribunaux civils, puisque les autres n'ont de compétence que dans les limites tracées par la loi, aux juridictions exceptionnelles.

Bien plus, la loi défend aux tribunaux consulaires de connaître de semblables questions. En effet, l'article 442, du Code procédure civile, donne aux seuls tribunaux civils le droit de trancher toutes les contestations sur l'exécution des jugements des tribunaux de commerce. Comment ceux-ci pourraient-ils être saisis d'une demande d'exécution des sentences des tribunaux consulaires étrangers?

Enfin les tribunaux civils ne sont pas essentiellement incompétents pour trancher les contestations qui s'élèvent en matière commerciale, ils ont la plénitude de juridiction, et s'il surgit des difficultés touchant au droit international ils seront, par leurs études et leurs habitudes, bien mieux préparés à apprécier les difficultés qui leurs sont soumises (Fœlix, *op. cit.*, n° 324. — Massé, *op. cit.*, t. 2, n° 806. — Demolombe, t. 1, p. 427, n° 263. — Aubry et Rau, t. VIII, § 769 ter, note 16, p. 419. — Valette, *revue de droit fr. et étranger*, 1849, VI, p. 612. — Dalloz, Rep. v° Droits civils, n° 460. — Bonfils, Comp. des trib. fr., n° 251. — Trochon, les Etr. devant la justice fr., n° 307. — Bordeaux, 25 fév. 1836. D. P. 48, 2, 180. — 22 janv. 1840. — 6 août 1847, D. P. 48, 2, 66. — Douai, 24 août 1849. D. P. 50, 2, 101. — Paris, 16 avril 1855. D. P. 56, 2, 109. — Metz, 11 nov. 1856. S. 57, 2, 7. — Colmar,

10 fév. 1864. S. 64, 2, 122. — Bordeaux, 15 déc. 1867. D. P. 68, 5, 194. — Chambéry, 12 fév. 1869. D. P. 71, 2, 118. — Conférence des avocats, 7 juin 1855, D. P. 55, 5, 197).

Procédure. — Il existe encore une grande divergence d'opinions parmi les auteurs, sur la question de savoir si la demande d'*exequatur* doit être introduite par voie d'assignation ou par voie de requête et si la Chambre du conseil peut être compétente.

La forme suivant laquelle la demande d'*exequatur* doit être introduite, la compétence ou l'incompétence de la chambre du conseil, doivent, dit-on, résulter de la nature de la décision dont l'exécution est demandée. Si elle appartient à la juridiction contentieuse, si elle est intervenue à la suite d'un débat ou après une contradiction réelle ou possible, c'est la juridiction contentieuse de France qui doit connaître de la demande. Celle-ci ne peut donc être accueillie qu'après que la partie adverse a été appelée devant le juge français et mise à même de fournir ses défenses. On ne saurait comprendre, en effet, qu'une décision qui doit être appréciée tant à la forme qu'au fond, fût rendue sur la sollicitation de l'une des parties, sans que l'autre ait pu éclairer le juge sur la légitimité de ses prétentions. Dans ces circonstances, c'est à la procédure et à la juridiction ordinaire qu'il faut avoir recours. Mais s'il s'agit de rendre exécutoire, en France, une décision qui appartient à la juridiction gracieuse, si elle statue sur une demande, qui par sa nature appartient à la chambre du conseil, cette chambre est compétente pour connaître

de la question d'exécution et la demande devra être introduite par voie de requête. (Trib. de la Seine, 13 janvier 1846. — 23 juillet 1851. — 24 mars 1852. — 11 mars 1856. — Voir aussi Douai, 14 août 1845. S. 462, 303. — Colmar, 10 février 1864. S. 64, 2. 122. — Paris, 27 août 1864 D. P. 67, 1, 80).

A notre avis, la seule voie qu'il soit permis de prendre est celle de l'assignation, et la demande d'*exequatur* doit être jugée par le tribunal en audience publique.

Nous ne saurions donner de meilleures raisons que celles qui ont été développées avec une clarté et une concision remarquable par la cour de Nancy dans un arrêt du 7 décembre 1872. « Attendu qu'en France les cours et
« les tribunaux ne peuvent être saisis par voie de re-
« quête, qu'autant que la décision à intervenir n'a rien de
« contentieux et n'est pas de nature à affecter les biens
« ou la personne d'un tiers ; — Que cette manière de
« procéder, rapide, sommaire, restrictive des droits de la
« défense, constitue une exception à la règle générale et
« ne doit être permise que dans les cas spécialement pré-
« vus par la loi ; — Que le doute sur les inconvénients
« qu'elle peut présenter suffirait à lui seul pour la faire
« proscrire, et que le doute revêtici le caractère de la cer-
« titude, si l'on prend garde que la demande tendant à
« faire déclarer exécutoire en France un jugement rendu
« à l'étranger, soulève les questions les plus délicates, les
« plus controversées, et de l'ordre le plus élevé ; — Qu'à
« ne considérer que l'une de ces questions, celle qui s'offre
« la première et qui consiste à savoir, si avant d'accorder

« ou de refuser l'*exequatur*, le juge français a le droit et le
« devoir de réviser le procès, on ne comprendrait pas que
« celui, contre lequel a été obtenue la sentence étrangère, se
« voie privé du bénéfice de cette révision, sans avoir été
« mis en demeure d'en démontrer la légalité et l'utilité;
« — Qu'il convient dès lors toujours de l'appeler en cau-
« se. » (D. P. 73, 2, 27. — Douai, 17 juin 1863; D. P.
64, 5, 135. — Cass. 30 janv. 1867, cassant l'arrêt de
Paris du 27 août 1864, précité, D. P. 67, 1, 80).

Lorsqu'il s'agira de rendre exécutoire un jugement étranger déclaratif de faillite, l'assignation sera donnée le plus souvent au failli. C'est, en effet, contre lui que le jugement a été rendu, c'est lui qui est le plus directement intéressé à en contester l'exécution en France. On objectera peut-être que cette procédure est impossible, parce que le syndic et le failli n'étant français ni l'un ni l'autre, nos tribunaux se refusent constamment à connaître des litiges entre étrangers. Nous n'admettons pas, quant à nous, cette incompétence au sujet des procès ordinaires lorsque la compétence est acceptée par les plaideurs, a fortiori lorsqu'il est question d'une instance en *exequatur*. Il nous semble même que l'on devrait donner ici compétence à nos tribunaux alors qu'on la leur refuserait en thèse générale. Les textes ne distinguent pas, ils sont généraux. Les articles 2123 C. C. et 546 C. proc. c. décident que les jugements étrangers seront rendus exécutoires en France; ils ne se préoccupent pas de rechercher si toutes les parties étaient étrangères ou l'une d'elles seulement. Puis le demandeur en *exequatur* ne réclame

pas une condamnation contre son adversaire, mais seulement l'autorisation de faire exécuter une condamnation déjà obtenue. Admettre la solution contraire, ce serait priver les étrangers de tout recours sur les biens situés en France, ce qui serait à la fois contraire à l'esprit de notre législation et un véritable déni de justice. (Voir sur ce point en sens divers : Nouguier, 11, p. 453. — Valette, Mél. II, p. 353. — Debelleye, *Ordonn. sur req. et référés*, I, p. 514. — Demangeat sur Foelix, II, p. 77, note a. — Demolombe, I, 263. — Aubry et Rau, VIII, § 769 bis, p. 419. — Bertin, Ch. du conseil, t. II, n° 1381. — Bonfils, n° 278. — Favard, Rép., v. Exéc. des jugem. § 1, n° 4. — Lyon-Caen, note dans S., 73. — Moreau, n° 137, p. 136.)

Parfois il arrivera que l'*exequatur* sera demandé par le syndic pour arrêter les poursuites dirigées par les créanciers du failli, contre ce dernier ou sur ses biens ; dans cette hypothèse, l'assignation devra nécessairement être également donnée au poursuivant.

CHAPITRE III

§ 1^{er}. — *Jugement homologatif du concordat.*

Toutes les législations ont introduit en faveur du failli le bénéfice du concordat. C'est un traité passé entre les créanciers et le failli et qui a pour effet de remettre ce dernier à la tête de ses affaires. Le failli concordataire reprend l'administration de ses biens et il obtient, en général, soit la concession de délais, soit la remise d'une partie de ses dettes, de telle sorte qu'il se trouve n'avoir plus d'obligations que celles qui lui sont imposées par le concordat. Celui-ci une fois homologué est un titre opposable non-seulement aux créanciers qui l'ont consenti, mais encore à tous les créanciers portés ou non portés au bilan, ou qui n'ont point voulu y adhérer. Cette remise de dette forcée, imposée par la loi à tous ceux qui ont refusé de l'accorder, est certainement efficace dans toute l'étendue du territoire sur lequel cette loi étend son empire.

Dès lors, se pose la question de savoir quelle sera l'efficacité en France d'un concordat obtenu et homologué en pays étranger?

Il est en premier lieu hors de doute que vis à vis des créanciers étrangers ou français qui y ont adhéré, le concordat produit plein effet en France, indépendamment du

jugement d'homologation et de son *exequatur*. Dans cette hypothèse, le concordat est un véritable contrat, une transaction volontaire et libre, il est par lui-même obligatoire pour tous ceux qui l'ont consenti. (Fœlix, *op. cit.*, n° 368. — Massé, t. II, n° 811. — Carle, n° 52. — Dubois, note 116. — Lyon-Caen et Renault, t. II, n° 3144. — Thomas, p. 113. — Voir aussi Trib. civ. de la Seine, 18 juillet 1884, *Journal des Faillites*, 1884, p. 606. — Trib. Seine, 26 févr. 1886, *Journal de droit intern. pr.*, 1886, p. 331).

Mais, vis-à-vis de ceux qui n'y ont pas pris part ou qui s'y sont opposés, le concordat n'a de force que par l'homologation. Ainsi homologué par un tribunal étranger, pourra-t-il être obligatoire, en France, pour les créanciers qui n'ont pas pris part à sa formation ou qui ne l'ont pas voté?

Dans une première opinion, le concordat est un mode particulier de libération établi par la loi d'un Etat et qui ne peut être opposé qu'à ceux que leur nationalité soumet à cette loi. Il suppose de la part du créancier l'abandon d'une partie de sa créance et s'il ne consent pas à l'abandonner, la loi y consent pour lui. Il faut donc pour que ce consentement puisse lui être opposé que cette loi l'oblige, ou du moins qu'il se trouve placé sous son empire. Par conséquent, un étranger qui, ayant fait faillite en son pays, y a obtenu un concordat, ne peut se prévaloir de ce concordat pour repousser les poursuites que ses créanciers dirigeraient contre lui, en France. Et il demanderait en vain l'*exequatur* du jugement d'homologation, car si on comprend qu'un

jugement rendu à l'étranger puisse être exécuté en France quand il y a été rendu exécutoire, il en est autrement quand le jugement, au lieu d'être l'exercice d'une juridiction contentieuse et de prononcer entre deux parties sur le litige qui les divise, est un simple acte de tutelle, destiné seulement à élever une convention privée à la hauteur d'un acte public et à la rendre opposable à ceux qui n'y ont point été parties. Or, on ne peut apprécier cet acte de tutelle séparément de la convention particulière et, comme elle, il ne peut être opposable qu'à ceux qui y ont été parties ou que la loi répute y avoir été parties. Et comme cette loi n'est obligatoire que dans les limites du pays qu'elle régit, il en résulte que le jugement d'homologation, rendu par un juge étranger, ne peut pas être déclaré exécutoire en France, car si une simple formalité peut assurer l'exercice d'un droit préexistant, cette formalité ne peut jamais suffire pour créer un droit qui n'existe pas.

Le failli se verra donc dans l'obligation de se faire déclarer de nouveau en faillite en France, s'il veut arriver à obtenir un concordat qui soit opposable en ce pays aux créanciers qui n'ont pas adhéré au concordat étranger. (Renouard, des faillites, t. II, p. 114. — Massé, t. I, n° 613. — Boileux sur Boulay-Paty, n° 618. — Bonfils, n° 247. — Thaler, *op. cit.* II, n° 235, p. 377).

Cette solution rigoureuse a été consacrée par la cour de Paris dans un arrêt du 25 février 1825 (D. Rep. v° faillites, n° 805). Cet arrêt a décidé que le Concordat obtenu à l'étranger est sans effet en France, par applica-

tion des articles 905 C. proc. c. et 541 C. Com. qui défendent d'admettre les étrangers au bénéfice de la cession judiciaire. Il a refusé de déclarer exécutoire en France un jugement du tribunal de Cadix qui avait homologué un concordat.

Les jurisconsultes qui professent l'unité et l'universalité de la faillite prétendent, au contraire, que le concordat conclu et homologué dans le pays, où la faillite a été déclarée, est opposable en tous pays et à tous créanciers, quelle que soit leur nationalité.

Mais ces jurisconsultes ne sont pas du même avis, tant en ce qui concerne le motif sur lequel ils fondent leur solution qu'en ce qui concerne les conditions exigées pour que le concordat puisse être exécuté.

Ainsi M. Carle estime que le concordataire ne peut opposer le concordat, par voie d'exception, aux créanciers étrangers qui n'y ont pas pris part, sans avoir au préalable, fait déclarer exécutoire le jugement déclaratif de faillite. Le concordat, dit-il, est une véritable convention et la décision par laquelle le tribunal homologue le concordat, bien que qualifié de jugement, est en réalité un acte de tutelle exercé dans l'intérêt des créanciers par le tribunal et dont l'effet est double : d'une convention privée, il fait un acte public, il rend le concordat obligatoire même pour ceux qui ne l'ont pas consenti. Dès lors si l'on considère que la faillite crée une situation indivisible qui s'applique à tous les créanciers et à tous les biens du failli, qui ne permet à aucun tribunal, autre que celui devant lequel

existe la faillite, d'intervenir pour régler les droits des divers intéressés, on pourra conclure avec raison qu'une fois le jugement déclaratif de la faillite rendu exécutoire dans les Etats où il s'agit de procéder à quelque acte d'exécution, tous les jugements postérieurs, qui ne font autre chose que certifier les résultats des opérations de la faillite, et parmi eux celui qui homologue le concordat n'ont plus besoin d'être rendus exécutoires. (Carle, *op. cit.* n° 52, p. 107).

M. Dubois pense que si le concordat est une convention à l'égard de ceux qui y ont adhéré, il en est autrement pour ceux qui n'y ont pas adhéré. Si donc le concordat est opposable à ces derniers, ce ne peut être qu'en vertu de l'autorité de la chose jugée qui s'attache au jugement étranger par lequel il a été homologué, sans que cette autorité soit subordonnée à l'*exequatur* d'un autre jugement, à savoir du jugement déclaratif de faillite. Par conséquent, le concordat qui a été dûment homologué par le juge de la faillite, seul compétent à cet effet, peut en tout lieu être opposé par voie d'exception à tout créancier en vertu de l'autorité du jugement d'homologation et sans aucun *exequatur* préalable, pas plus du jugement déclaratif que du jugement d'homologation. Si, au contraire, le concordataire entendait se servir du concordat non comme moyen de défense, mais comme titre afin de procéder à des actes d'exécution proprement dite, l'*exequatur* du jugement d'homologation serait nécessaire. Et, comme l'exécution de ce jugement est elle-même l'exécution du jugement déclaratif de faillite, il serait

également nécessaire d'obtenir l'*exequatur* de ce dernier (Dubois sur Carle, note 116).

Nous ne pouvons pas admettre que le jugement par lequel un tribunal étranger homologue un concordat ne puisse être déclaré exécutoire, et, par suite, que ce concordat soit en France absolument sans effet à l'égard des créanciers qui n'ont pas concouru à sa formation. Nous n'admettons pas davantage que le concordat régulièrement homologué produise en France tous ses effets, indépendamment de l'*exequatur* du jugement d'homologation et par cela seul que le jugement déclaratif de la faillite aura été rendu exécutoire.

Sans doute, à l'égard de tous ceux qui lui ont donné leur consentement, le concordat est une véritable convention puisant en elle seule toute sa force. Mais à l'égard de ceux qui n'y ont pas été parties ou qui s'y sont opposés, il n'a en lui-même aucune valeur, et pour qu'il leur devienne opposable la loi exige qu'il en ait été ainsi décidé par justice. Cette décision n'est pas, ainsi qu'on l'a prétendu, seulement un acte de tutelle ou d'administration destiné à transformer une convention privée en un acte public et à la rendre opposable à tous. La nécessité de l'homologation se justifie par deux raisons. Il fallait que les intérêts des créanciers dissidents ou absents fussent défendus ; il fallait, en outre, que le concordat ne fût pas accordé à un commerçant que sa conduite rend indigne, l'ordre public s'y oppose. La loi a confié ce double intérêt aux magistrats, mais elle n'en a pas fait de simples enregistreurs, elle leur a conféré un pouvoir illimité d'appréciation.

Après examen des faits, l'homologation peut être accordée ou refusée. De plus, il appartient à tout créancier de s'opposer à cette homologation et cette opposition donne naissance à un véritable débat contradictoire, soumis au tribunal et qui est tranché par un jugement susceptible d'appel. C'est donc une décision vraiment rendue en matière contentieuse et comme toutes décisions elle peut être déclarée exécutoire en France. On ne trouve point, en effet, de texte qui soumette les jugements d'homologation d'un concordat à des règles différentes de celles qui régissent les autres jugements en matière d'*exequatur*, on doit donc appliquer les principes généraux.

En vain objecte-t-on que les magistrats français, n'ayant pu surveiller les diverses phases d'une faillite suivie en pays étranger, ne sont pas à même d'avoir une opinion éclairée sur les caractères de cette faillite et qu'ils sont impropres à juger si l'homologation a été justement accordée, (Renouard, *op. cit.*, t. II, p. 65). Ce raisonnement s'applique également à toute sorte de jugements et sa conséquence logique serait d'empêcher l'exécution, en France, de toutes les décisions rendues en pays étranger. Le législateur a permis aux magistrats d'autoriser l'exécution des sentences qui ne contiendraient rien de contraire à l'ordre public et aux dispositions de nos lois, et pour donner plus de garantie à ces précieux intérêts, il a voulu que l'autorisation ne fût accordée qu'en parfaite connaissance de cause et après examen approfondi. (Fœlix, n° 368. — Saint-Nexent, *Traité des faillites et banqueroutes*, t. 3, n° 446. — Lainé, Com. analyt. sur la loi du 8 juin 1838,

sur les faillites et banqueroutes, p. 254. — Alauzet, dr. comm., n° 1803. — Dalloz, rép. v° faillite, n° 777. — Lyon-Caen et Renault, t. II, n° 3144. — Thomas, p. 115. — Rocco, *op. cit.*, n° 371. — Fiore, *op. cit.*, appendice, § 305).

Le jugement étranger qui homologue un concordat peut être déclaré exécutoire en France, et l'*exequatur* de ce jugement sera nécessaire pour que le concordat soit opposable aux créanciers qui n'y ont pas adhéré.

Il nous paraît inexact de dire avec M. Carle qu'un concordat étranger régulièrement homologué ait par lui-même autant d'efficacité en France que dans le pays où il a été conclu, et que l'*exequatur* du jugement déclaratif de la faillite seulement ne soit nécessaire que pour procéder à des actes d'exécution proprement dite.

Il ne paraît pas non plus exact de penser que le jugement étranger d'homologation puisse être opposé en France parce qu'il y a l'autorité de la chose jugée, et qu'il soit nécessaire de rendre exécutoire à la fois, le jugement déclaratif et le jugement d'homologation, pour procéder aux actes d'exécution.

L'homologation accordée à un concordat par un tribunal est une véritable décision de justice, rendue en matière contentieuse et qui a par elle-même une force propre et indépendante de toute autre décision. De même que tous les jugements étrangers, elle ne peut produire effet en France que si elle remplit les conditions exigées par la loi française et c'est dans l'*exequatur*, accordé par nos tribunaux après examen du fond, qu'elle puise tant l'autorité

de la chose jugée que la force d'exécution (Lyon-Caen et Renault, *op. cit.* n° 3144, — Stelian).

§ 2. — *Jugement accordant un sursis au débiteur ou homologuant un concordat préventif de la faillite.*

L'étude des effets produits en France par le jugement étranger homologatif du concordat, nous amène à celle d'une question analogue. Dans certains pays étrangers, les tribunaux peuvent accorder aux commerçants un sursis pendant lequel leurs créanciers sont privés du droit d'exercer aucune poursuite. Ils équivalent aux lettres de répit que sous notre ancienne législation française, obtenaient les commerçants qui se trouvaient momentanément hors d'état de faire face à leurs engagements. Ces sursis sont autorisés par les législations allemandes et par celles de la Belgique, des Pays-Bas. De même en Belgique, une loi récente, du 20 juin 1883, a organisé ce que l'on appelle un concordat préventif. Cette loi permet au débiteur de proposer un concordat à ses créanciers, avant la déclaration de faillite. Si le concordat est accepté, il est homologué et met obstacle à la faillite.

Il s'agit de savoir si le jugement de sursis ou homologatif de concordat préventif, rendu en pays étranger, a effet en France, et s'il peut être déclaré exécutoire.

La négative est soutenue par certains auteurs. Non seulement le jugement étranger accordant un sursis n'a pas l'autorité de la chose jugée, mais il ne peut même pas

être déclaré exécutoire en France. Un pareil jugement, dit-il, n'a d'autorité qu'à l'égard des créanciers sur lesquels le juge qui prononce a juridiction. Un juge étranger ne peut imposer aux créanciers, qui ne sont pas ses justiciables, l'obligation de supporter un sursis qui ne pourrait être accordé sous l'empire de la législation qui leur est propre. (Massé, II, n° 812. — Fœlix, II, n° 368. — Fiore, p. 103-105).

Un arrêt de la cour de Bordeaux, du 5 février 1813, a consacré cette doctrine en décidant que ces sursis ou délais ne peuvent produire aucun effet hors du pays où ils ont été obtenus. Et notamment qu'une sentence étrangère ne fait pas obstacle à la validité d'une saisie-arrêt en France. (Dalloz rep. v. Droits civils, n° 467, 4°).

M. Demangeat, qui admet le système de l'ordonnance de 1629 sur les effets des jugements étrangers en général, approuve également cette doctrine, mais seulement quand les créanciers qui veulent saisir arrêter sont français. Si, au contraire, ils sont étrangers et s'ils ont été légalement mis en cause devant le tribunal étranger, ils seront obligés de subir le sursis. (sur Fœlix, t. II, p. 108, note *a*).

M. Dubois estime que c'est seulement dans certains cas, et par exception, que des sursis, légalement obtenus dans un pays, doivent être tenus pour inefficaces dans les autres pays. C'est lorsque la loi qui les accorde est manifestement injuste, comme aussi lorsqu'ils sont obtenus par faveur ou caprice, sans conditions qui garantissent un examen sérieux et impartial de la part de celui qui

les concède. Lorsqu'au contraire ils sont accordés par un jugement vraiment digne de ce nom, ils ont effet à l'étranger, en vertu de l'autorité de la chose jugée et sans distinction tirée de la nationalité de celui contre qui ils ont été rendus. « Mais cette autorité sera restreinte aux parties en cause. Il n'y a pas lieu de déroger ici au principe *res inter alios judicata aliis neque nocet neque prodest*, parce que le jugement, qui accorde le sursis, ne faisant pas partie d'un ensemble de mesures organisées dans l'intérêt général des créanciers, diffère essentiellement du jugement déclaratif de faillite et du jugement d'homologation du concordat. » (sur Carle, note 121, p. 113).

Nous en sommes à nous demander avec M. Stélian (dans sa remarquable thèse de doctorat, pp. 225 et 226), si ce passage est bien l'œuvre du savant professeur de la Faculté de droit de Nancy, tellement il nous paraît dénoter l'oubli du caractère et de l'organisation des sursis de paiements dans les pays où ils fonctionnent. D'une part, en effet, la principale raison qui a déterminé l'introduction dans les législations étrangères de l'institution des sursis de paiements et des concordats préventifs de la faillite, a été précisément le désir de sauvegarder l'intérêt bien entendu des créanciers. D'autre part, des garanties sérieuses, parfois même excessives, ont été prises pour que le bénéfice de ces institutions ne puisse être accordé qu'aux débiteurs que leur bonne foi et que leur malheur en rendront dignes. Le sursis de paiement et le concordat préventif poursuivent exactement le

même but et aboutissent à un résultat plus avantageux même pour les créanciers, que la déclaration de faillite et le concordat qui peut suivre cette déclaration. Dès lors, ne sommes-nous pas autorisé à dire qu'il y a véritablement contradiction à soutenir que le jugement déclaratif de faillite et le jugement d'homologation du concordat doivent produire effet *erga omnes*, tandis que l'autorité du jugement accordant un sursis ou homologant un concordat préventif de faillite doive être restreint aux parties en cause ?

Fidèle au principe que nous avons constamment suivi, nous dirons que ces décisions, une fois rendues exécutoires, auront, en France, le même effet que dans le pays où elles ont été rendues.

CHAPITRE IV

JUGEMENT DE RÉHABILITATION

Lorsque le patrimoine du failli a été liquidé et réparti, que toutes les opérations de la faillite sont terminées, la situation particulière faite tant aux créanciers qu'au failli prend fin. Toutefois certaines incapacités peuvent subsister chez ce dernier. La société est en droit de ne pas rendre sa confiance à celui qui s'est montré fourbe ou imprudent dans l'exercice de son commerce. Les conséquences ultérieures de la faillite peuvent être modifiées par le concordat, ou, en cas d'union, par la déclaration d'excusabilité, mais elles ne disparaissent entièrement que par le jugement de réhabilitation. Nous devons donc nous demander quels effets une pareille décision peut produire en France, lorsqu'elle émane d'un tribunal étranger.

On distingue deux cas : la réhabilitation a été prononcée par le tribunal même qui a déclaré la faillite ; le jugement de réhabilitation a été rendu dans un pays autre que celui dans lequel la faillite a été prononcée.

Dans la première hypothèse, le jugement de réhabilitation vaut en France, dit-on, sans qu'il soit besoin de le rendre exécutoire. La réhabilitation est un simple fait qui n'emporte ni condamnation ni exécution, le jugement vaut, dès lors, par cela seul qu'il existe.

Si, au contraire, la faillite avait été prononcée dans un pays et la réhabilitation dans un autre pays, elle ne pourrait produire en France aucun effet. L'incompétence du juge réhabilitant empêcherait même que ce jugement pût être déclaré exécutoire. (Massé, t. II, n° 813. — Pardessus, *Dr. com.*, n° 1483. — Boulay-Paty, *Faillites*, n° 696. — Thomas, p. 117. — Carle, nos 72 et 73, p. 145).

Cependant un auteur, M. Vincens, partant de l'idée que la déclaration prononcée par un tribunal compétent doit avoir partout son efficacité, en conclut que le failli doit aussi pouvoir être réhabilité en quelque pays que ce soit. (*Législ. comm.*, t. I, p. 556).

Cette opinion ne saurait être admise, car il serait trop facile à un étranger, ou même à un Français déclaré en faillite à l'étranger de recourir, pour être réhabilité, à des tribunaux qui ne connaîtraient ni les causes ni les circonstances de la faillite ni la moralité du failli ; il y aurait là une source de fraude et la porte ouverte à la mauvaise foi. Un jugement qui réhabiliterait un failli dans de semblables conditions ne pourrait assurément pas être déclaré exécutoire en France.

Mais dès lors que les principes de compétence auront été observés et que le jugement de réhabilitation aura été rendu par le tribunal qui a déclaré la faillite, est-ce à dire pour cela que ce jugement doive produire ses effets partout, et sans qu'il soit besoin d'*exequatur* ? Assurément non. La réhabilitation, de même que la déclaration de faillite et l'homologation du concordat, est prononcée

par une véritable décision de justice; il y a là aussi un acte de souveraineté qui ne peut être efficace que sur le territoire où s'étend son action. Sans doute cette décision ne sera pas, en France, sans effet d'une façon absolue, mais pour avoir une efficacité, elle devra être rendue exécutoire par les tribunaux français (Lyon-Caen et Renault, *op. cit.* n° 3145).

CHAPITRE V

TRAITÉS INTERNATIONAUX

§ 1. — *Traité Franco-Suisse.*

Pour compléter l'étude à laquelle nous nous sommes livré sur les effets des jugements étrangers en matière de faillite, il nous reste à examiner les traités qui sont intervenus, sur ces matières, entre la France et les autres nations. A notre connaissance, la convention passée entre la France et la Suisse le 18 juillet 1828 et promulguée par ordonnance royale des 31 décembre de la même année et 30 janvier 1829, est la seule qui contienne des dispositions spéciales, relatives à la faillite. Ce traité a été révisé et complété par un autre du 15 juin 1869, promulgué par décret du 19 octobre.

Dans le traité de 1828, on se bornait à assurer l'égalité de conditions aux créanciers de chacune des deux nationalités. Par son article 4, en effet, il décide que :
« En cas de faillite ou de banqueroute de la part de Fran-
« çais possédant des biens en France, s'il y a des créan-
« ciers suisses et des créanciers français, les créanciers
« suisses qui se seraient conformés aux lois françaises,
« pour la sûreté de leur hypothèque, seront payés sur les

« dits biens, comme les créanciers hypothécaires fran-
« çais suivant l'ordre de leur hypothèque ; et réciproque-
« ment, si des Suisses possédant des biens sur le terri-
« toire de la Confédération helvétique se trouvaient avoir
« des créanciers français et des créanciers suisses, les
« créanciers français qui se seraient conformés aux lois
« suisses pour la sûreté de leur hypothèque en Suisse,
« seront colloqués sans distinction avec les créanciers suis-
« ses suivant l'ordre de leur hypothèque. Quant aux sim-
« ples créanciers, ils seront aussi traités également sans
« considérer auquel des deux pays ils appartiennent, mais
« toujours conformément aux lois de chaque pays. » (Du-
vergier, Coll. des lois, XXIX, p. 3 et s.)

La faillite tient une plus large place dans le traité du 15 juin 1869. Les articles 6, 7, 8 et 9 sont exclusivement consacrés à cette institution, et les articles 15 à 19 sont expressément déclarés applicables aux jugements déclaratifs de faillite (D. P. 70, 4, 6. — S. 69, 3. 429).

D'après l'article 15, les jugements ou arrêts définitifs, en matière civile et commerciale, rendus dans l'un des deux États contractants, sont, lorsqu'ils ont acquis force de chose jugée, exécutoires dans l'autre suivant les formes et sous les conditions qui vont être indiquées.

D'après l'article 16, la partie en faveur de laquelle on poursuit dans l'un des deux États, l'exécution d'un jugement ou d'un arrêt, doit produire au tribunal ou à l'autorité compétente du lieu ou de l'un des lieux où l'exécution doit avoir lieu :

1° L'expédition du jugement ou de l'arrêt, légalisée par

les envoyés respectifs, ou à leur défaut, par les autorités de chaque pays ;

2° L'original de l'exploit de signification dudit jugement ou arrêt, ou tout autre acte qui, dans le pays, tient lieu de signification ;

3° Un certificat délivré par le greffier du tribunal où le jugement a été rendu, constatant qu'il n'existe ni opposition, ni appel, ni autre acte de recours.

Sur la représentation de ces pièces, il est statué sur la demande d'exécution : en France, par le tribunal réuni en Chambre du conseil, sur le rapport d'un juge commis par le président, et sur les conclusions du ministère public, et en Suisse, par l'autorité compétente, dans la forme prescrite par la loi. Il ne doit être statué qu'après qu'il a été adressé à la partie, contre laquelle l'exécution est poursuivie, une notification indiquant le jour et l'heure où il sera prononcé sur la demande.

L'article 17 dispose que l'autorité saisie de la demande d'exécution ne doit point entrer dans la discussion du fond de l'affaire. Elle ne peut refuser l'exécution que dans les cas suivants :

1° Si la décision émane d'une juridiction incompétente ;

2° Si elle a été rendue sans que les parties aient été dûment citées et légalement représentées ou défaillantes ;

3° Si les règles du droit public ou les intérêts de l'ordre public du pays, où l'exécution est demandée, s'opposent à

ce que la décision de la juridiction étrangère y reçoive son exécution.

La décision qui accorde l'exécution et celle qui la refuse ne sont pas susceptibles d'opposition, mais elles peuvent faire l'objet d'un recours devant l'autorité compétente, dans les délais et suivant les formes déterminées par la loi du pays où elles ont été rendues.

L'article 18 décide que lorsque le jugement emporte contrainte par corps, le tribunal ne peut ordonner l'exécution en cette partie de la décision, si la législation du pays ne l'admet pas dans le cas dont il s'agit au jugement. Cette mesure ne peut, dans tous les cas, être exécutée que dans les limites et suivant les formes prescrites par la loi du pays où l'on demande son exécution.

Enfin aux termes de l'art. 19, les difficultés relatives à l'exécution des jugements et arrêts, ordonnée conformément aux règles précédentes, doivent être portées devant l'autorité qui a statué sur la demande d'exécution.

Dans le protocole qui suit immédiatement le traité, il est expliqué, relativement aux mots « autorité compétente », employés par l'art. 16, que, en Suisse, la demande d'exécution peut être portée, suivant les cantons, soit devant le tribunal entier, soit devant le président, soit même devant l'autorité exécutive ; que, de plus, elle peut, en cas de difficulté, être soumise au Conseil fédéral, qui fait office, en ce cas, de cour souveraine. En France, c'est toujours l'autorité judiciaire, à ses divers degrés, qui doit statuer sur les demandes d'exécution.

Les articles 6 à 9 contiennent plusieurs applications

importantes du principe de l'unité et de l'universalité de la faillite.

Le traité prévoit d'abord le cas où un Français, sans fixer son domicile en Suisse, y fonderait un établissement de commerce et tomberait ensuite en état de cessation de paiements. En vue de cette hypothèse, il décide que le droit de prononcer la faillite appartiendra au tribunal de la résidence en Suisse. De même, celle d'un Suisse ayant un établissement de commerce en France pourra être prononcée par le tribunal de sa résidence en France (art. 6. 1^e al.).

Puis il traite des pouvoirs des syndics ainsi que des conditions auxquelles l'exercice de ces pouvoirs est subordonné. Il suffira au syndic ou représentant de la masse, de produire, dans l'autre pays, le jugement de faillite, déclaré exécutoire conformément aux règles de l'article 16, pour qu'il ait le droit de réclamer l'application de la faillite aux biens meubles et immeubles que le failli possède en ce pays. Il pourra poursuivre le recouvrement des créances dues au failli et la vente de ses biens meubles et immeubles, en se conformant aux lois du pays de leur situation (même art. 2^e et 3^e al.).

Quant à la répartition de l'actif entre les créanciers, le même article 6, 4^e et 5^e alinéas, fait une distinction entre les meubles et les immeubles. Les sommes provenant de la vente des meubles et du recouvrement des créances, sont jointes à l'actif de la faillite et partagées avec cet actif entre tous les créanciers, sans distinction de nationalité, conformément à la loi du pays où la faillite a été dé-

clarée. Quant aux prix des immeubles, il est distribué entre les ayants-droit, conformément à la loi du pays de leur situation.

Aux termes de l'article 7, toutes les actions qui par suite du jugement déclaratif de la faillite, ou d'un jugement de report, viendraient à être exercées contre des créanciers ou des tiers, doivent être portées devant le tribunal du domicile du défendeur, à moins que la contestation ne porte sur un immeuble ou un droit immobilier.

L'article 8 dispose que la production du jugement d'homologation, déclaré exécutoire, conformément à l'article 16, suffit à faire produire aux stipulations du concordat tous les effets que ces stipulations auraient dans le pays de la faillite.

Enfin les dispositions des articles 7 et 8 sont déclarées applicables à la faillite d'un étranger établi soit en France, soit en Suisse, et qui aura des créanciers français et suisses et des biens situés en France et en Suisse, si cette faillite est prononcée dans l'un des deux pays (art. 9).

Comme on vient de le voir, ce Traité consacre le principe d'une faillite unique, il constitue ainsi un progrès considérable, et malgré qu'il soit demeuré isolé jusqu'à présent, c'est un précédent précieux parce qu'il trace nettement la voie dans laquelle il est désormais possible d'entrer.

Toutefois il n'est pas à l'abri de toute critique. En effet, en permettant au tribunal de la simple résidence et par suite du lieu où se trouve un simple établissement d'un Français ou d'un Suisse de le déclarer en faillite, il rend

possible la déclaration simultanée de plusieurs faillites, ce qui est contraire aux principes, du moins lorsqu'il n'y a pas deux établissements distincts l'un de l'autre.

Puis la rédaction des paragraphes 2 et 3 de l'art. 6 du traité est défectueuse. En les prenant à la lettre, il semblerait que les syndics nommés dans l'un des pays ne peuvent exercer leurs pouvoirs dans l'autre qu'après l'*exequatur* du jugement qui les a nommés. Il a été ainsi décidé par un arrêt de la cour de Chambéry, 18 mars 1885 (*J. des faillites* 1885, p. 584).

Les syndics des faillites suisses en France et réciproquement seraient ainsi placés sous l'empire du droit commun et il eût été inutile de l'indiquer avec tant de détails. Il ne semble pas possible d'admettre un pareil résultat, manifestement contraire au but que se sont proposé les parties contractantes. On doit interpréter cette disposition en ce sens, que le jugement de faillite rendu dans l'un des deux pays devra être déclaré exécutoire dans l'autre, pour que les syndics exercent, dans ce dernier, ceux de leurs pouvoirs qui consistent dans une exécution proprement dite; par exemple, pour qu'ils y fassent les actes de procédure tendant à la vente des biens du failli. Mais ils pourront y exercer ceux de leurs pouvoirs qui n'ont pas ce caractère, et particulièrement faire tous les actes conservatoires, avant l'*exequatur* du jugement qui les nomme. (Toulouse 11 avril 1883. *J. de dr. int. pr.* 83 p. 161. — Cass. 17 juillet, 1882. *cod.* p. 372, et note de M. Bernard).

De même, relativement au concordat, l'article 8 dispose

que: « Les stipulations du concordat produiront, par la « production du jugement d'homologation, déclaré exécutoire, conformément à l'article 16, tous les effets « qu'elles auraient dans le pays de la faillite. » Il semblerait résulter de cette rédaction que le concordat ne doit produire aucun effet, tant que le jugement d'homologation n'a pas été déclaré exécutoire. Cette disposition doit être interprétée en ce sens que c'est seulement pour que le concordat produise ceux de ses effets qui consistent dans des actes d'exécution proprement dite, que l'*exequatur* préalable du jugement sera nécessaire.

Il faut, de plus, signaler une lacune importante dans ce traité. Il ne prévoit pas le cas d'une double déclaration de faillite, simultanément prononcée par les tribunaux des deux pays. Dans cette hypothèse, quel est le tribunal dont la juridiction doit l'emporter et qui doit centraliser les opérations de la faillite? Est-ce le tribunal qui a le premier déclaré la faillite? Est-ce celui du domicile du failli? Est-ce celui de la résidence où il a son principal établissement? Il est bien certain, en effet, qu'il ne saurait y avoir en même temps deux faillites et deux liquidations. Ce résultat serait également contraire à l'esprit du traité et à l'intérêt des créanciers. A qui donc, dans le silence du traité, doit appartenir le règlement de la faillite unique? A qui doit, notamment, appartenir le règlement de la faillite non d'un simple particulier, dont la nationalité et le domicile sont nettement déterminés, mais d'une société qui par sa nature, n'a pas de nationalité et qui peut avoir plus d'un établissement, ayant chacun une im-

portance telle qu'il soit très difficile de dire lequel est le principal et lequel n'est qu'accessoire? Ces graves difficultés ont été soulevées, il y a quelques années, dans l'affaire de la Société du Crédit foncier Suisse.

Cette société avait à la fois des établissements en France et en Suisse. Elle fut déclarée en faillite par le tribunal de commerce de Genève le 3 février 1874, et par le tribunal de commerce de la Seine le 5 du même mois. Le 4 mars, sur l'opposition formée par les syndics suisses, jugement du tribunal de commerce de la Seine qui maintient l'ouverture de la faillite à Paris. Le 19 mars, sur l'opposition des syndics français, jugement du tribunal de commerce de Genève qui maintient l'ouverture de la faillite à Genève. Ces deux décisions ont été confirmées, la première, par un arrêt de la cour d'Appel de Paris du 20 juin 1874 (D. P. 76, 5, 222,) la deuxième, par un arrêt de la cour d'appel de Genève du 25 mai précédent. Le Conseil fédéral de Berne, appelé à trancher ce conflit de juridiction, a, par une décision du 20 janvier 1875 (D. P. 75. 2. 169.), jugé que pour maintenir, conformément à l'esprit et au but du traité du 15 juin 1869, l'unité nécessaire de la faillite, il y avait lieu de rechercher non laquelle des deux faillites avait été déclarée la première, ni quel était le siège social déterminé par les statuts, mais dans lequel des deux pays elle avait le centre principal de ses opérations; qu'en conséquence, on devait considérer comme ayant en France le centre principal de ses opérations, et comme devant, par suite, y être maintenue en faillite, la société qui avait en France tout son person-

nel administratif, son siège effectif dans un hôtel acheté par elle et le bureau d'émission de ses titres, tandis qu'elle n'avait été créée en Suisse que dans le but d'éluder les lois françaises sur les sociétés anonymes. La liquidation de la faillite a été ainsi dévolue aux tribunaux français. (Dubois, notes 46 et 92.)

Tout en rendant hommage à la raison et à l'esprit élevé qui sut inspirer cette décision, on ne peut s'empêcher de regretter qu'il y ait dans le traité cette lacune fâcheuse, qui permet de susciter ainsi des conflits si graves et si dispendieux. Et nous souhaitons qu'à l'avenir, les hommes d'Etat feroient disparaître un oubli aussi regrettable, dans les conventions diplomatiques qui interviendront sur ces importantes matières.

La jurisprudence française a été appelée à se prononcer sur quelques difficultés qui ont surgi à propos de l'interprétation du traité de 1869. Ainsi dans l'arrêt précité de la cour de Chambéry, il a été décidé que le syndic d'une faillite prononcée en Suisse, ne pouvait pas poursuivre en France la vente des biens du failli et le recouvrement de ses créances, avant d'avoir obtenu l'*exequatur* du jugement déclaratif. (art. 6, 2^e et 3^e alinéas).

De même lorsqu'un Français résidant en Suisse, y a son principal établissement, la déclaration de faillite intervenue dans cet Etat, met obstacle à ce qu'une nouvelle faillite soit déclarée en France. (art. 6. 1^{er} al.) — (Cass. 17 juin 1882. *journal des faillites*, 1882, p. 453. — Trib. de com. de Nantes, 26 mai 1883, *journal des faill.* 1883, p. 49, — Rouen, 14 juin 1883, *cod. loc.* 1883. p. 11).

Une loi du canton de Genève, du 2 décembre 1880. (Annuaire de la législation étr. 1880, p. 469), permet aux tribunaux de ce canton d'accorder un *sursis concordataire* au commerçant qui est au dessous de ses affaires, au lieu de le déclarer en faillite. Le sursis concordataire produit deux sortes d'effets : il suspend toutes poursuites et toutes mesures d'exécution contre le débiteur malheureux ; celui-ci ne peut plus modifier l'état de son avoir sans l'autorisation d'un agent nommé par le tribunal.

Il s'est agi de savoir si un jugement qui accordait un semblable sursis, pouvait en vertu du traité de 1869, être déclaré exécutoire en France, et y être un obstacle à une déclaration de faillite.

Un jugement du tribunal civil de la Seine, du 21 novembre 1883, voit dans les dispositions de cette loi sur le sursis concordataire une violation des principes adoptés en France, en matière d'ordre public.

« Attendu, dit cette décision, que le jugement qui accorde un sursis concordataire fondé sur la loi du canton de Genève, du 2 décembre 1880, déroge en des points essentiels aux dispositions que le Code de commerce français a édictées, en matière de faillite, dans l'intérêt des créanciers. — Attendu, en effet, que si le jugement dont il s'agit était rendu exécutoire en France, les créanciers français de la veuve S.... ne pourraient plus, bien que cette dernière ait cessé ses paiements, la poursuivre ou la faire déclarer en faillite ; que leur imposer de pareilles conséquences serait les priver des garanties que leur donne la loi française ; etc. » (*Jour-*

nal des faillites, 1883, p. 206. — Trib. com. Nantes, 10 mai 1884, *cod. loc.* 1884, p. 497).

Il a, au contraire, été décidé que la loi sur le sursis concordataire ne constituait qu'une série de dispositions nouvelles ajoutées à la loi générale sur les faillites; par suite, les règles du Traité international du 15 juin 1869, en ce qui concerne les déclarations de faillites et leurs conséquences seraient applicables aux sursis concordataires (Trib. de com. de Lyon, 4 mai 1883, *Journal des faillites* 1883 p. 543).

Cette dernière décision est à notre avis, plus conforme à l'esprit du traité. En effet, le sursis concordataire établi par la loi du 2 décembre 1880, est accordé par un jugement. Or, ce jugement a pour effet de suspendre toutes poursuites ou mesures d'exécution contre le débiteur, lequel ne peut, à partir de ce moment, faire aucun acte qui puisse modifier l'état de son avoir, sans l'autorisation d'un agent nommé par le tribunal. Sauf le nom, c'est en réalité un véritable jugement déclaratif de faillite. Il nous paraît donc certain, que les juges français devront déclarer un jugement de sursis concordataire exécutoire en France, en se conformant aux règles prescrites par le traité de 1869. Un pareil jugement devra, en outre, empêcher que le commerçant qui l'a obtenu soit déclaré en faillite en France.

§ 2. — *Traités Franco-Sarde et Franco-Badois*

En dehors du traité passé avec la Suisse qui seul contient des dispositions spéciales à la faillite, il est nécessaire de dire quelques mots de deux autres Conventions diplomatiques intervenues sur les effets des jugements étrangers en général. Nous avons, en effet, admis que les jugements rendus en matière de faillite sont des jugements ordinaires, ils sont donc compris dans l'application de ces traités, qui sont : l'un passé entre la France et le royaume de Sardaigne le 24 mars 1760, et confirmé par la déclaration du 1^{er} septembre 1860; et l'autre passé entre la France et le Grand Duché de Bade le 16 avril 1846 et étendu à l'Alsace-Lorraine par la convention du 11 décembre 1871, additionnelle au traité de Francfort, convention qui a été ratifiée en France par la loi du 9 janvier 1872.

A. — *Traité Franco-Sarde (1)*

Nous laisserons de côté les grosses controverses auxquelles ce traité a donné lieu sur les points suivants : le traité de 1760 est-il toujours en vigueur ou bien a-t-il été détruit pendant la Révolution française, par suite des guerres

1. V. *Recueil des traités de la France*, de M. de Clercq, t. I, p. 80, et *Moniteur officiel* du 14 nov. 1860.

incessantes que la France a eu à soutenir contre les autres nations de l'Europe ? La déclaration de 1860 est-elle valable ? Ces deux conventions diplomatiques n'ont-elles pas disparu, depuis que les différents Etats de l'Italie ont été réunis en un seul royaume ? (voir sur ces importantes questions : Quétand, *Rev. crit.* 1869, I, p. 251. — Le Bourdellés, *Journal*, 1882, p. 369. — Troplong, *Hyp.* II, 454. — Thévenet, 151-6. — Fiore, dans le *journal*, 1878, p. 244, — Grenier, *hyp.*, I, 215. — Fœlix, *Rev. étr.* IX, p. 832. — Férand-Giraud, *Fr. et Sardaigne*, p. 320. — Renault, *Rev. crit.*, 1881, p. 473. — Fiore, *Sentence*, I, p. 19. — De Lachenal, *Rev. prat.*, 1859, p. 383. — Eyssantier, *Rev. hist.* VI, p. 443. — Pont, *hyp.* 584 et 657. — Bournat, *Rev. prat.* V, p. 340. — Bertin, *chambre du conseil*, II, 1381. — Valette, *Mél.* II, p. 355. — Aubry et Rau, t. VIII, p. 421 — Bonfils, *op. cit.* n, 268. — Dubois, note sous un arrêt, *journal* 1879, p. 86. — Moreau, p. 163, — et les décisions diverses citées par ces auteurs).

Tenant pour constant avec la jurisprudence française, que le traité de 1760 et la déclaration de 1860 sont encore en vigueur, qu'ils n'ont pas été anéantis par la réunion des divers États de l'Italie en un seul royaume, nous allons simplement rechercher quelles sont les règles établies par ces conventions diplomatiques.

Les cours des deux pays doivent déférer à la forme du droit aux demandes d'*exequatur* qui leur sont adressées, et se borner à vérifier les trois points suivants :

1° Si le juge étranger était compétent. Rien dans le traité n'indique les règles à suivre pour la compétence, et

cette lacune donne lieu à de nombreuses difficultés. La question doit être décidée d'après les dispositions de la loi nationale du tribunal, auteur du jugement. Cependant la jurisprudence italienne se refuse à reconnaître la compétence exceptionnelle établie par l'art. 14 C. C. français.

2° Si le défendeur a été régulièrement cité et s'il a comparu, ou du moins si son défaut a été légalement constaté.

3° Enfin si le jugement ne contient rien de contraire à l'ordre public.

La révision du fond est donc enlevée au tribunal auquel on demande l'*exequatur*, mais sur les points soumis par la convention de 1860, à l'appréciation des magistrats, il doit y avoir un débat libre et contradictoire. (Civ. cass, 7 juillet 1862, S. 62, 1, 831).

Les tribunaux de l'ordre civil sont seuls compétents pour délivrer l'*exequatur*, et parmi eux les cours d'appel sont expressément et exclusivement désignées par la convention de 1860, confirmant en cela le traité de 1760. La demande d'*exequatur* ne pourrait pas être formée devant un tribunal de première instance, quelle qu'ait été la juridiction dont émane la décision à exécuter. (Trib. Seine, 27 mai 1875, *journal*, 1876, p. 369. — Nancy, 6 janvier 1877, *journal* 1877, p. 234. — Paris, 2 juin 1881, D. P. 82, 2. 67).

L'instance en *exequatur* peut être introduite soit par voie d'assignation, soit par voie de simple requête ; mais dans ce dernier cas, le défendeur peut former opposition

à la décision qui accorde l'*exequatur*. (Cass. 30 janv. 1867, S. 67, 1, 117. — Nîmes, 14 août 1829, J.P. 29, p. 549. — Aix, 16 juin 1858).

Enfin, quoique cela ait été contesté, il est nécessaire d'obtenir des lettres rogatoires, adressées par le tribunal qui a rendu le jugement à celui qui doit lui donner l'*exequatur*. (Req. rej. 14 juillet 1825, S. 26, 1, 378. — Paris, 24 nov. 1873, *Journal de dr. int. pr.* 1875, p. 19. — 9 janvier 1875, eod. 1875, p. 354. — 23 août 1880, eod. 1880, p. 585 et *Rev. crit.* 1881, p. 473. — 3 juin 1884. *Le Droit* des 20 et 21 juin).

B. — Traité Franco-Badois (1).

Aux termes de ce Traité, les jugements badois sont exécutoires en France et réciproquement, sous une double condition :

- 1° Qu'ils aient acquis l'autorité de la chose jugée ;
- 2° Qu'ils émanent d'un juge compétent.

A la différence du Traité passé avec l'Italie, celui-ci règle la compétence dans son article 2. Est compétent en principe, le tribunal d'arrondissement du domicile ou de la résidence du défendeur ; — en matière réelle celui de la situation des biens ; — en matière de succession, celui du

1. V. pour le texte du Traité S. 1846, *Lois annotées*, p. 41. D. P. 1872. 4. 9.

lieu où elle s'est ouverte ; — en matière de société, pour les contestations entre associés ou entre la société et des tiers, celui du domicile ou du siège social ; — en cas d'élection de domicile, celui du lieu où le domicile a été élu. C'est donc en conformité de ces règles que devra s'apprécier la compétence du tribunal, auteur du jugement, et non pas selon la loi du pays où ce jugement a été rendu. Il faut en conclure que la compétence exceptionnelle de l'article 14 reçoit échec par le Traité. Cependant la cour de Colmar, dans un arrêt du 11 décembre 1881, (S. 62. 2. 205.) a jugé le contraire sur ce motif que cette disposition est d'ordre public.

Il est d'ailleurs évident que le Traité ne règle que la compétence internationale et que c'est à la loi nationale, une fois que l'on sait aux tribunaux de quelle nation la compétence doit être reconnue, qu'il faut se référer pour savoir lequel de ces tribunaux est compétent *ratione loci*.

On est généralement d'accord pour ajouter deux autres conditions :

- 1° Que les droits du défendeur aient été sauvegardés ;
- 2° Que le jugement ne contienne rien de contraire à l'ordre public.

En outre le demandeur en *exequatur* doit justifier :

- 1° Que le jugement a été signifié au défendeur ; il devra à cet effet représenter l'original de l'exploit de signification ;

- 2° Que l'expédition du jugement qu'il produit est authentique ; celle-ci doit, dans ce but, être légalisée. Toutefois cette formalité n'est pas exigée à peine de nullité,

(trib. Nancy, 8 janvier 1873, *J. de dr. int. pr.*, 1874, p. 305).

3° Que le jugement a acquis l'autorité de la chose jugée. Ceci sera attesté par un certificat du greffier du tribunal ou de la cour, auteur du jugement, constatant qu'il n'existe ni opposition ni appel.

Enfin l'*exequatur* doit être demandé au tribunal du lieu où sont situés les biens sur lesquels l'exécution doit avoir lieu, et à défaut de celui-ci, au tribunal du domicile ou de la résidence du défendeur; on s'adressera à la juridiction du même degré que celle qui a rendu la décision dont l'*exequatur* est demandée.

Ici encore, le droit de réviser les jugements badois ou alsaciens-lorrains est enlevé aux tribunaux français.

Ces deux traités n'ont point de clauses spéciales à la faillite, mais nous ne doutons pas qu'ils s'appliquent aux jugements rendus en cette matière, lesquels sont des jugements proprement dits, de véritables actes de la juridiction contentieuse. En conséquence, lorsqu'un tribunal français aura à se prononcer sur l'instance en *exequatur* de jugements déclaratifs ou homologatifs ou prononçant la réhabilitation du failli, il devra se borner à examiner s'ils remplissent les conditions exigées. Peu importe que ces décisions aient un mal jugé, le fond de l'affaire lui échappe, et il ne peut refuser l'*exequatur* si elles satisfont le vœu des conventions diplomatiques.

POSITIONS

DROIT ROMAIN

Dans la thèse :

1. — La *donatio propter nuptias* tire son origine de la *sponsalitia largitas*.
2. — Les père et mère du fiancé sont tenus de lui constituer une *donatio propter nuptias*.
3. — La *donatio propter nuptias* a pour but de permettre aux époux de subvenir aux charges du mariage.

Hors la thèse :

- I. — Lorsque deux hypothèques générales sont constituées à des dates différentes, la préférence sur les biens à venir, comme sur les biens présents, appartient à l'hypothèque la plus ancienne :
« *Potior tempore, potior jure.* »
- II. — Le bénéfice de la cession d'actions peut être invoqué par les *correi promittendi socii et non socii*.
- III. — La *fidejussio in duriores causam* est nulle.
- IV. — L'action *ex stipulatu* est applicable à l'éviction partielle.

DROIT FRANÇAIS

Dans la thèse :

1. — Les jugements étrangers n'ont pas en France l'autorité de la chose jugée, et le tribunal français chargé de délivrer l'*exequatur* doit réviser le fond de l'affaire.
2. — Cette solution s'applique aux jugements qui statuent sur l'état et la capacité.
3. — Elle s'applique également aux décisions rendues par les tribunaux mixtes d'Égypte.
4. — Les actes de juridiction gracieuse produisent effet en France, sans *exequatur*.
5. — Le jugement étranger déclaratif de faillite est un jugement véritable et comme tel soumis, quant à son exécution en France, aux mêmes règles que les jugements étrangers ordinaires.
6. — Le tribunal civil est seul compétent pour rendre exécutoire en France un jugement étranger déclaratif de faillite.
7. — L'instance en *exequatur* doit être introduite par la voie de l'assignation.
8. — Le jugement étranger qui accorde un sursis ou qui homologue un concordat préventif, doit, après l'*exequatur*, produire tous ses effets en France.
9. — La réhabilitation ne peut être prononcée que par le tribunal qui a déclaré la faillite et doit être rendue exécutoire en France pour y produire effet.

10. — Le traité de 1869, avec la Suisse, s'applique aussi bien aux sursis concordataires qu'aux jugements déclaratifs de faillite.

DROIT CIVIL

Hors la thèse :

- I. — Les donations des servitudes sont soumises à transcriptions, article 2^o, n^{os} 1 et 11, *in fine*, loi de 1855.
- II. — Le contrat de mariage n'est pas un contrat conditionnel.
- III. — Pour dire l'ameublement déterminé ou indéterminé, il faut s'en tenir aux termes de l'article 1506, C. C.
- IV. — L'immeuble commun, aliéné par le mari pendant la durée de la communauté, passe dans le patrimoine de l'acquéreur libre de l'hypothèque de la femme si celle-ci accepte la communauté. Si au contraire elle y renonce, son hypothèque produit ses effets sur l'immeuble aliéné.

DROIT COMMERCIAL

- I. — Les nullités de l'article 446, C. com. ne sont édictées que relativement à la masse, le failli concordataire ne peut s'en prévaloir.
- II. — La commission est le mandat de faire des actes de commerce.

PROCEDURE CIVILE

Un étranger défendeur peut comme un Français exiger
la caution *judicatum solvi*.

DROIT PÉNAL

La seule tentative, non suivie de l'avortement, ne peut
être poursuivie, article 317 C. Pénal.

Vu par le Président de la thèse

L. RENAULT

Vu par le Doyen de la Faculté,

CH. BEUDANT

Vu et permis d'imprimer

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris

GRÉARD

TABLE DES MATIÈRES

DROIT ROMAIN

INTRODUCTION. — De la condition générale de la femme mariée au point de vue de ses biens. Des donations entre époux.	5
CHAPITRE I. — Origine de la <i>donatio propter nuptias</i> . — De la <i>sponsalitia largitas</i> , et des présents entre fiancés. — Origine orientale, — germanique, — gauloise	12
Réfutation. — La <i>donatio propter nuptias</i> est née de la <i>sponsalitia largitas</i>	12
CHAPITRE II. — Régime juridique de la <i>donatio propter nuptias</i> .	13
Section 1 ^{re} . — Elle n'est pas soumise aux règles des dona- tions	23
Section 2 ^e . — Elle est soumise aux règles de la dot	29
§ 1. — Comment se constitue la <i>donatio propter nuptias</i> .	32
§ 2. — Condition juridique de la <i>donatio propter nup- tias</i> pendant le mariage	36
Le mari en est propriétaire ;	39
La femme a un droit éventuel entouré de garanties :	
1 ^o Droit de revendication en cas d'insolvabilité du mari	40
2 ^o Inaliénabilité.	41
3 ^o Hypothèque légale	42
§ 3. — Sort de la <i>donatio propter nuptias</i> après la disso- lution du mariage. — Des secondes noccs ; — Lois décimaires ; — Edit <i>de alterutro</i> . — Actions données à la femme pour obtenir la <i>donatio propter nuptias</i> . .	46
CHAPITRE III. — But de la <i>donatio propter nuptias</i>	39
1 ^o Opinion de Lhœr : La <i>donatio propter nuptias</i> est comme la dot, destinée à subvenir aux charges du mariage.	60
2 ^o Opinion de Perezius : C'est une garantie pour la res-	

titution de la dot.	61
3 ^e Opinion de Warnkœnig : c'est un gain de survie. . .	62
CONCLUSION	64
BIBLIOGRAPHIE.	66

DROIT FRANÇAIS

INTRODUCTION.	69
CHAPITRE I. — De l'effet, en France, des jugements étrangers en général.	72
§ 1. — Jugement ordinaire.	72
1 ^{er} Système. — De l'ordonnance de 1629.	72
2 ^e Système. — Qui accorde l'autorité de la chose jugée aux jugements étrangers et qui refuse le droit de révision aux tribunaux français.	76
3 ^e Système. — Qui refuse l'autorité de la chose jugée aux jugements étrangers et donne aux tribunaux français le droit de révision.	82
§ 2. — a. Jugements qui statuent sur l'état et la capacité. . .	94
b. Actes de juridiction gracieuse.	97
§ 3. — a. Jugements des tribunaux consulaires	99
b. Jugements des tribunaux mixtes d'Egypte.	99
CHAPITRE II. — Jugement déclaratif de faillite	103
§ 1. — Le commerçant failli n'a qu'une seule maison de commerce.	103
1 ^{er} Système. — Le jugement déclaratif rentre dans le statut personnel.	106
2 ^e Système. — Il rentre dans le statut réel.	109
3 ^e Système. — Unité et universalité de la faillite.	116
Réfutation. — Le jugement déclaratif est un véritable jugement régi, quant à son exécution, par les règles ordinaires	
Examen de la jurisprudence.	138
§ 2. — Le commerçant failli a deux maisons de com- merce, l'une en France, l'autre à l'étranger	143

§ 3. — Compétence. Procédure.	153
CHAPITRE III.	160
§ 1. — Jugement homologatif du concordat.	160
§ 2. — Jugement de sursis et homologatif du concordat préventif de la faillite.	168
CHAPITRE IV. — Jugement de réhabilitation.	172
CHAPITRE V. Traités internationaux.	175
§ 1. — Traité Franco-Suisse.	175
§ 2. — a. Traité Franco-Sarde.	187
b. Traité Franco-Badois	190
POSITIONS	193

Paris. — Imprimerie des Écoles, HENRI JOUVE, 23, rue Racine
